Bedeutung und Anwendungsgebiet der Formvorschrift bei der Verbürgung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Arthur Bayer

aus Kassel, Rechtsanwalt in Bochum.

Approbiert am 3. Mai 1911.

Erlangen 1912.

Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

118

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0094

Literatur-Verzeichnis.

Ihering, Geist des römischen Rechts.
„ , Zweckgedanke der Form im Recht.
„ , Jahrbücher.
Savigny, System des römischen Rechts.
Windscheid, Pandekten.
Puchta, Pandekten.
Regelsberger, Pandekten.
von Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten 1857.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht 1892.
Dernburg, das bürgerliche Recht 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1903.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1910.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900.
Scherer, Kom. Recht der Schuldverhältnisse 1899.
„ , Das erste Jahr des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch 1903.
Planck, Kom. zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1903.
Oertmann, BGB. Recht der Schuldverhältnisse 1910.
„ , Allgemeiner Teil 1908.
„ , Bayr. Landesprivatrecht.
Staudinger, Kom. zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1910.
Rehbein, Kom. zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1899.
Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch 1903.
Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Kommissions-Bericht über die Reichstagsverhandlungen.
Protokolle der II. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Conr. Loewe, Form der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Oesetzbuch 1899.

Müller, Bedeutung der Form in den vermögensrechtlichen Geschäften nach gemeinem Recht, Diss. 1897.
Flechtheim, Beweisbedeutung der Privaturkunde, Diss. 1897.
Geib, zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts 1894.
Staub, Kom. zum Handelsgesetzbuch 6., 7., 8. Auflage.
Makower, Handelsgesetzbuch 1904.
Lehmann-Ring, das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich 1902.
Düringer-Hachenburg, das Handelsgesetzbuch 1899, 1901 und 1905.
Gareis, Handelsgesetzbuch, 1905.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1903.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches.
Hahn, Materialien VI 1897.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts.
Gruchot, Beiträge.
Seuffert's Archiv.
Puchelt's Zeitschrift und die im Text noch erwähnten Arbeiten.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Begriff der Form bei einem Rechtsgeschäft.

a) Jedes Rechtsgeschäft bedarf einer Form.

b) Formelles und formloses Rechtsgeschäft.

§ 2.

Geschichtliche Entwickelung der Form im Recht. Vorteile und Nachteile der Form.

§ 3.

Die Vorschrift der Schriftlichkeit bei der Verbürgung in kurzer Beleuchtung ihrer geschichtlichen Entwickelung und die Gründe für die Vorschrift.

§ 4.

Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages infolge Nichtbeobachtung der Form. Heilung des Mangels durch nachträgliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit seitens des Bürgen.

§ 5.

Beurteilung mündlicher Nebenabreden bei der Verbürgung.

§ 6.

Formerfordernis für den Vorvertrag über die Bürgschaftsübernahme.

§ 7.

Formerfordernis für die Erklärung zur Bürgschaftsübernahme und Inhalt der Bürgschaftserklärung.

§ 8.
Inhalt und Bedeutung der Vorschrift der Schriftlichkeit im § 766 BCB. in Verbindung mit dem § 126 BGB.

§ 9.
Die Erteilung der Bürgschaftserklärung.

§ 10.
Die Aufhebung des Bürgschaftsvertrages.

§ 11.
Das Anwendungsgebiet der für die Verbürgung vorgeschriebenen Form.
I. Die kumulative Schuldübernahme.
II. Der Kreditauftrag.
III. Der Garantievertrag.
IV. Die Handelsbürgschaft.

§ 1.

Begriff der Form bei einem Rechtsgeschäft.

a. Jedes Rechtsgeschäft bedarf einer Form.

b. Formelles und formloses Rechtsgeschäft.

Voraussetzung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ist neben der Handlungsfähigkeit der Personen, die es vornehmen, und einem rechtlich zulässigen Inhalt des Willens, eine gehörige Erklärung des Willens seitens der handelnden Personen.

Die Erklärung des Willens ist die Form, in der das innere Ereignis des Wollens für die Aussenwelt sinnlich wahrnehmbar wird.

Wie sich der Inhalt des Willens gewissermassen als das geistige Element im Rechtsgeschäfte charakterisiert, so stellt sich die Erklärung des Willens als der Körper des Rechtsgeschäfts, der sinnlich wahrnehmbare Vorgang, aus dem der Wille zu erkennen ist, dar. Im Inhalt wie in der Erklärung ist der Wille des Handelnden tätig.

Ein wirklicher, sachlicher Gegensatz und innerlicher Unterschied zwischen Inhalt und Form besteht deshalb auch nicht[1]). Denn die Form setzt stets den Inhalt voraus, und es gibt, wie Ihering[2]) sich ausdrückt,

1) vgl. v. Völderndorff S. 11, 13; Puchta S. 97.

2) Ihering, Geist. des röm. Rechts S. 457.

weder einen Inhalt ohne Form noch eine Form ohne Inhalt.

Daraus folgt, dass es ein formloses Rechtsgeschäft überhaupt nicht gibt.

Trotzdem unterscheidet man formelle und formlose Willenserklärungen. Das Wort Form muss daher noch eine andere Bedeutung haben.

Nach § 125 BGB. wird man formelle Willenserklärungen solche nennen können, für deren Wirksamkeit durch Reichsgesetz oder Vertrag eine besondere Form vorgeschrieben ist.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass nur ausnahmsweise eine besonders bestimmte Form für Rechtsgeschäfte vorgeschrieben ist, im allgemeinen aber zur Gültigkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung jede Form genügt, ein Grundsatz, dem auch das frühere Recht — abgesehen vom Preuss. ALR. und dem code civil — huldigte.

Bei dem formlosen Rechtsgeschäft lässt mithin das Recht den Parteien völlig freien Spielraum, wie die Erklärung des Willens in die Erscheinung treten soll, sei dies durch schriftliches oder mündliches Wort, durch Zeichen, durch Handlungen, ja selbst durch Stillschweigen, denn auch hierdurch kann der Wille erkennbar werden. Bei dem formellen Geschäft ist die Wirksamkeit der Erklärung aber durch die Beobachtung einer bestimmt vorgeschriebenen Handlungsweise bedingt. Jegliche Willkür ist hier ausgeschlossen.

Wird die Form nicht beachtet, so ist das Geschäft regelmässig ungiltig. Die Form ist daher Giltigkeitsform, nicht etwa blos Beweisform. Das Rechtsgeschäft besteht also ohne die Form nicht, es wird daher auch nicht durch formlose Genehmigung oder durch nachträgliche

Erfüllung wirksam. In letzter Beziehung macht das BGB. allerdings u. A. in den §§ 313, 518 Abs. 2, und § 766 Abs. 2 Ausnahmen[1]).

Der Unterschied zwischen formellen und formlosen Rechtsgeschäften besteht mithin in dem Gebundensein bezw. Nichtgebundensein der Erklärung an eine bestimmte Form oder mit anderen Worten: bei dem formellen Geschäft ist die Freiheit des Willens in seiner Äusserung durch die Vorschrift des Innehaltens einer bestimmten Form beschränkt, während dies bei dem formlosen Geschäft nicht der Fall ist.

Wie oben gesagt, ist die Formfreiheit im Rechtsgeschäft die Regel. Es wäre jedoch falsch, aus diesem allgemeinen Grundsatz der Form im Rechtsgeschäft ihre innere Bedeutung und Berechtigung zu versagen. Im Gegenteil: mit der Formlosigkeit allein könnte das Recht nicht bestehen. Wie Ihering sagt, erträgt das Recht eher das äusserste Übermass, als den gänzlichen Mangel an Form. Hieraus folgt, dass eine gewisse Hinneigung des Rechts zur Form besteht. Das beweist auch die geschichtliche Entwicklung der Form im Recht und der Umstand, dass das Recht trotz des Grundsatzes der Formfreiheit keineswegs die mündliche formlose Rede als die beste Art der Willenserklärung empfiehlt und dass im Verkehrleben, insbesondere im Handelsverkehr die Form, meist die schriftliche bevorzugt wird. Die Form muss daher auch einen praktischen Nutzen haben.

---

1) vgl. auch §§ 566, 1154, 1192, 1317, 1324, 2301 BGB. und Seite 15 f. dieser Arbeit.

§ 2.

Geschichtliche Entwickelung der Form im Recht. Vorteile und Nachteile der Form.

Sowohl in dem älteren römischen wie im germanischen Recht spielen die förmlichen Willenserklärungen eine wichtige Rolle.

Sie erscheinen zunächst in der Gestalt symbolischer Handlungen, die aus dem Volke heraus in dessen erster Entwicklungsstufe hervorgegangen sind.

Mit der Fortentwicklung der Völker, der Zunahme des Verstandes und der Bildung verschwinden sie mehr und mehr; sie erweisen sich als lästig und verkehrshemmend.

An ihre Stelle treten und zwar jetzt kraft Gesetzes einfachere Formen, da der Gesetzgeber den praktischen Wert der Form längst erfasst hat und ihn nicht mehr missen kann. Schriftlicher Abschluss der Geschäfte, sodann Abfassung vor Gerichten und anderen Behörden werden eingeführt, zunächst oft ganz willkürlich zur Feierlichkeit oder, um einen sicheren Beweis zu schaffen, dann aber auch bei einigen besonders wichtigen Handlungen als Erfordernis für deren Gültigkeit.

Im Laufe der Zeit begünstigte aber auch schon das alte Recht die Formlosigkeit.

Für gewisse Rechtsgeschäfte haben sich jedoch Formen bis auf den heutigen Tag erhalten, und trotzdem die Formfreiheit zur Regel geworden, ist der Streit, ob Formlosigkeit oder Formzwang im allgemeinen vorzuziehen ist, bis in die jüngste Zeit nicht zum Ruhen gekommen.

Die Vorteile und Nachteile der Form dürften in Kürze zu beleuchten sein.

In erster Linie hat die beobachtete Form im Rechtsgeschäft den Vorzug, dass hierdurch festgestellt wird, dass ein Rechtsgeschäft überhaupt zum Abschluss gegelangt ist. Ferner trägt sie wesentlich dazu bei, dass durch sie der rechtliche Charakter des Parteiwillens ausser Frage gestellt wird.

Weiter ruft sie in dem Handelnden eine geschäftsmässige Stimmung hervor, hält ihm den Ernst der Situation vor Augen und zwingt ihn dadurch, vor dem Entschluss die Folgen des Geschäftes zu überlegen, bewahrt ihn vor unüberlegten Handlungen.

Andererseits ist aber auch nicht zu verkennen, dass der Formzwang in dem freien Verkehr unbequem und sogar gefährlich wirken kann.

Die Beobachtung der Form setzt ihre genaue Kenntnis und richtige Anwendung voraus. Nichtbeobachtung oder ungenaue Beobachtung bewirkt in der Regel Ungültigkeit des Geschäftes. Geschäftlich ungewandte und wirtschaftlich schwache Personen sind dadurch in Nachteil gesetzt. Die Formvorschrift wird für sie zur Gefahr. Ein formloses Geschäft kann auch der Unkundige abschliessen.

Weiter ist aber auch nicht zu vergessen, dass die Urkunde infolge mangelhafter Fixierung in vielen Fällen über den wirklichen Geschäftswillen und die getroffenen Vereinbarungen Zweifel aufkommen lässt, wenn sie auch, wie gesagt, den Abschluss des Geschäftes festlegt.

Ferner wirkt der Formzwang unbequem und verkehrserschwerend. Es ist für die Parteien vielfach lästig und zeitraubend, der Form zu genügen.

Oft auch wird es als eine Äusserung des Misstrauens in die Redlichkeit des Gegenkontrahenten aufgefasst, wenn man von ihm verlangt, dass er sich der

Form unterwerfe. Die Form wird daher ausser Acht gelassen und der Zweck, den die Formvorschrfit verfolgt, nämlich die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu fördern, nicht erfüllt werden.

Im Interesse der Freiheit des Verkehrs und mit Rücksicht auf die Erfahrung, dass unter der Herrschaft des Formzwanges das Vertrauen des einen Kontrahenten von dem anderen relativ viel missbraucht worden ist, dürfte jedenfalls der Formfreiheit regelmässig der Vorzug zu geben sein.

Auch das BGB. hat den Grundsatz der Formfreiheit in Anlehnung an das Handelsrecht als den richtigen anerkannt[1]), wenn es auch für die Gültigkeit einer grossen Reihe von Ceschäften — so auch für die Verbürgung — die Erfüllung gewisser Formvorschriften verlangt.

Wir kommen damit zu der besonderen Bedeutung der Formvorschrift bei der Verbürgung.

§ 3.

Die Vorschrift der Schriftlichkeit bei der Verbürgung in kurzer Beleuchtung ihrer geschichtlichen Entwickelung und die Gründe für die Vorschrift.

Die Bürgschaft ist ein Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die Bürgschaft hat also den Zweck, einem Gläubiger für die Befriedigung seiner Forderung Sicherheit zu verschaffen.

Vor Justinian gab es für die Bürgschaft 3 Formen, die sponsio, fidepromissio und fidejussio; zur Zeit Justinians bestand die letztere nur noch. Alle drei waren

1) Motive I S. 179, 180.

an feierliche Worte gebunden und hatten durchaus einen strikten Charakter.

Welche Wichtigkeit man der Bürgschaft bzw. dem weiteren Gebiet der Intercession beilegte, bezeugen die verschiedenen Intercessionsverbote, insbesondere des S. C. Vellejanum, das den Frauen die Intercession durch fidejussio und Darlehnsaufnahmen für andere verbot, und die kaiserlichen Rescripte, die ihnen jede Intercession ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft verboten [1]).

Justinian steigerte noch die Intercessionsbeschränkungen.

Die gemeinrechtliche Praxis dagegen schwächte sie im Anschluss an das kanonische Recht und später, bestärkt durch das Handelsrecht, wesentlich ab.

In Preussen wurden sie durch das Gesetz vom 1. XII. 1869 aufgehoben. Auch in den meisten anderen deutschen Staaten waren sie beseitigt. Code civil und östreich. BGB. kannten sie gar nicht.

Entsprechend dem Grundsatz der Formfreiheit war in dem ersten Entwurf zum BGB. für den Bürgschaftsvertrag eine Form nicht vorgesehen. Bei den Beratungen der zweiten Kommission war ein Antrag gestellt worden, der für die Bürgschaftserklärung die schriftliche Form verlangte. Der Antrag war u. A. damit begründet worden, dass die Beurkundung im heutigen Rechtsleben bereits so allgemein geworden, dass das Erfordernis schriftlicher Verbürgung nicht mehr als eine Belästigung empfunden werden könne. Auch werde

---

1) Tit. Dig. ad S. C. Vellejanum 16, 1, Cod. 4, 29. Die Worte des S. C. überliefert! l. 2 § 1 D. h. t. 16, 1. vgl. insbes. l. 2 § 4, l. 4 § 1, l. 5, l. 23 Dig. a. a. O. usw.

die Schriftlichkeit, da sie insbesondere bei rechtsunkundigen und wirtschaftlich schwachen Personen eine Vorstellung über die Tragweite ihrer Verpflichtung erwecken und sie hierdurch vorsichtiger machen würde, einer leichtsinnigen Übernahme von Bürgschaften in etwa steuern. Die Schriftform würde aber auch die in Prozessen auftauchenden Zweifel, ob ein rechtsgeschäftlicher Wille vorliege, beseitigen[1]).

Obwohl diese Gründe sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen, lehnte die Kommission den Antrag ab und zwar einmal, weil sie in dem Formzwang eine unnötige Erschwerung, besonders bei Geschäften, die sich schnell abzuwickeln pflegen, erblickte, dann aber, weil die Erwägungen, die bei der Bürgschaft in Betracht kämen, bei allen wichtigen Verträgen zutreffend seien, für die man keine Form verlange. Schliesslich zeige aber auch die Erfahrung der preussischen Praxis, dass durch die Schriftlichkeit die Streitigkeiten nicht gemindert würden[2]). M. E. vergisst man jedoch hierbei, dass die Bürgschaftsübernahme schon um deswillen eines besonderen Schutzes bedarf, weil sie vielfach unentgeldlich ist und nur deshalb erfolgt, um einen Bedrängten zu helfen, der Bürge also selbstlos auftritt und irgend welchen materiellen Nutzen nicht hat.

Bei der II. Lesung lehnte es die Kommission ab, nochmals auf die Frage einzugehen.

In der RTK. wurde die Frage wieder angeschnitten.

Die württembergische und hessische Regierung, — auch die übrigen Regierungen hatten die Frage als keineswegs unzweifelhaft hingestellt — ferner mehrere

1) Prot. d. Kom. f. d. II. Lesung des Entwurfs S. 462; vgl. auch Motive II S. 660.

2) Prot. S. 463.

Handelskammern hatten den Formzwang empfohlen. Deshalb entschloss man sich, die Schriftlichkeit für die Bürgschaftserklärung zu verlangen. Begründet wurde die Annahme mit der grossen Bedeutung der Bürgschaft und damit, dass die Übernahme der Bürgschaft grosse Gefahren in sich berge. „Wenn irgendwo, so empfehle es sich hier, durch eine Formvorschrift den sich Verpflichtenden zu grösserer Vorsicht anzuspornen." Allerdings verhehlte sich die Kommission die Schattenseiten nicht, die darin bestehen, dass derjenige, der sich schriftlich verbürge, dadurch tatsächlich nicht selten seine Einrede verliere, weil er nicht zu beweisen imstande sei, dass die mündlichen Nebenabreden neben dem schriftlichen Vertrage haben gelten sollen. Auch entwickele sich gerade bei schriftlichen Verbürgungen der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu einer ganz gewöhnlichen Klausel, was gleichfalls dem Bürgen erhebliche Nachteile bringe.

Wir haben oben gesehen, dass der Formfreiheit für den Abschluss der Rechtsgeschäfte im allgemeinen der Vorzug zu geben ist. Wir müssen aber das Verlangen einer Form für die Verbürgung als eine durchaus berechtigte und notwendige Bestimmung des BGB. ansehen. Die Gründe, die für die Formfreiheit als Regel sprechen, können bei einem so wichtigen Geschäfte, wie die Bürgschaft, nicht ausschlaggebend sein. Der Bürge, der sich in den meisten Fällen, ohne irgend welchen Vorteil davon zu haben, verpflichtet, und der oft, wenn er zur Erfüllung seiner Verpflichtung herangezogen wird, Ersatz von dem Schuldner nicht erlangen kann, bedarf in besonderem Masse des Schutzes durch das Gesetz. Es muss ihm, ehe er die Bürgschaft leistet, vor Augen geführt werden, in welche Gefahren er sich begibt, und

dies geschieht am besten dadurch, dass von ihm die Erfüllung einer Formvorschrift verlangt wird. Muss er seinen Willen erst schriftlich fixieren, so wird er sich in den meisten Fällen zunächst reiflich überlegen, ob er der zu übernehmenden Verpflichtung auch gewachsen ist. Das ist es auch, was die Formvorschrift bei der Verbürgung bezweckt.

§ 4.

Nichtigkeit des Bürgerschaftsvertrages infolge Nichtbeobachtung der Form. Heilung des Mangels durch nachträgliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit seitens des Bürgen.

Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrages ist nach § 766 Satz I BGB. schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich.

Fehlt die schriftliche Form, so ist der Vertrag ungiltig oder „nichtig", wie der § 125 besagt.

Erfüllt der Bürge nachträglich, so wird der Mangel der Form nach § 766 Satz 2 geheilt.

Was bedeutet Nichtigkeit? Den bisher üblichen Ausdruck „Ungiltigkeit" gebraucht das BGB. nicht mehr, es spricht von Unwirksamkeit und als deren Unterarten: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Ist von „Giltigkeit" die Rede, so bezieht sich dieser Ausdruck auf die Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes.[1])

Die Form ist Giltigkeitsform, nicht blos ein Erfordernis für die Beweisbarkeit oder Voraussetzung für die Klagbarkeit des Rechtsgeschäftes, wie dies auch im ALR. und dem SBGB. die Regel war, während sonst

1) vgl. Endemann I S. 366.

vielfach die Form für die Giltigkeit des Geschäftes bedeutungslos war.

Ein Rechtsgeschäft ist nichtig, heisst soviel, als dass die rechtsgeschäftlich beabsichtigte Wirkung wegen Vorhandenseins eines Nichtigkeitsgrundes, mag dieser in der Person eines der Beteiligten oder in dem Inhalt des Geschäftes oder in dem Mangel der Form liegen, nicht eintritt. Das Rechtsgeschäft entbehrt jeder gesetzlichen Anerkennung, es gilt genau so, als wäre es überhaupt nicht vorhanden. Auch Gewährleistungsansprüche können aus ihm nicht hergeleitet werden.[1])

Jeder, der ein Interesse daran hat, kann sich auf die Nichtigkeit berufen.[2]) Der Richter hat die Nichtigkeit sogar von Amtswegen zu berücksichtigen und ein Verzicht auf ihre Geltendmachung ist wirkungslos.[3])

Zur Herbeiführung der Folgen der Nichtigkeit bedarf es daher auch keines besonderen Rechtsaktes. Eine Nullitätsklage kennt das BGB. nicht. Sollte es unter Umständen erforderlich werden, praejudiciell festzustellen, ob ein Rechtsgeschäft nichtig sei oder nicht, so bietet § 231 CPO. eine Handhabe.[4])

Dafür, dass die Parteien den Zweck der Formvorschrift nicht dadurch vereiteln können, dass sie für den Fall der Nichterfüllung des nichtigen Rechtsgeschäftes eine Vertragsstrafe festsetzen, sorgt der § 344 BGB., der die Vereinbarung einer Strafe in diesem Fall für unwirksam erklärt.

Mit der Nichtigkeit der Bürgschaften werden auch die für die Bürgschaft bestellten Pfandrechte, ferner die

1) RG. 71 S. 433.
2) RG. J. W. 1909 S. 696.
3) RG. 61, S. 267.
4) Motive I S. 217.

Nachbürgschaften hinfällig, jedoch nur insoweit, als es sich um die bürgschaftliche Verpflichtung handelt. Einem nach der WO. gültigen Wechselversprechen gegenüber, das zur Erfüllung eines formlosen Bürgschaftsversprechens gegeben ist, kann nicht der Mangel der Form für die Bürgschaft eingewandt werden,[1]) da der für den Wechsel erforderten Form genügt ist.

Ist also die Form nicht oder nicht richtig beobachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Diese Vorschrift ergibt sich aus dem Grund der Form und in ihr liegt die wesentlichste Bedeutung des Formenzwanges. Soll der Zweck der Formenschrift praktisch erreicht werden, so müssen auch Mittel und Wege zu dessen Durchführung gegeben werden. Das wirksamste Mittel besteht aber in der Androhung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

Aus diesen Erwägungen geht aber auch weiter hervor, dass das nichtige Rechtsgeschäft grundsätzlich ein für alle Mal rechtsunwirksam ist und der Mangel der Form nicht geheilt werden kann, sei dies etwa durch ein späteres Anerkenntnis oder durch einen Vergleich.

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, der es vorgenommen hat, bestätigt, so ist, wie die Motive[2]) sich ausdrücken, das durch eine solche Redeweise gesetze Ziel ein unerreichbares, da die mangelnde Anerkennung seitens der Rechtsordnung nicht durch einen Privatwillensakt ersetzt werden kann. Die Bestätigung ist nach § 141 BGB. lediglich als erneute Vornahme zu beurteilen, d. h. die Bestätigung muss der Formvorschrift genügen.[3])

1) RG. 51 S. 110.
2) I S. 217.
3) vgl. auch RGZBl. f. FG. 4, 212.

Von einer völlig neuen Vornahme unterscheidet sich das bestätigte Geschäft nur darin, dass es nicht nötig ist, den Inhalt des nichtigen Geschäftes vollständig zu wiederholen, dass vielmehr eine Bezugnahme auf das alte Geschäft genügt. Sein Inhalt gilt nicht blos als Auslegungsmaterial, sondern ist „als gleichwertiges Stück in den Bestätigungsakt eingesetzt zu denken." [1])

Nach Absatz 2 des § 141 tritt dann auch für Verträge im Zweifel obligatorische Rückwirkung ein.

Würde eine formlose Bestätigung statthaft sein, so würde der Zweck der Formvorschrift illusorisch gemacht werden.

Auch durch die freiwillige Erfüllung des Vertrages wird die Nichtigkeit bei Rechtsgeschäften, für die das Gesetz die Form vorschreibt, grundsätzlich nicht behoben, da auch durch die nachträgliche Erfüllung der Mangel der Form nicht nachgeholt wird noch werden kann.

A. M. ist Reichel,[2]) der den allgemeinen Rechtssatz aufstellt, dass die Nichtigkeit eines gemäss § 125 nichtigen Verpflichtungsgeschäftes nicht mehr geltend gemacht und vom Richter nicht mehr beachtet werden kann, sobald das Geschäft allenthalben erfüllt ist. Dieser Satz ergibt sich seiner Ansicht nach aus der praktischen Anschauung dergestalt von selbst, dass er ihn keines weiteren Beweises bedürftig erachtet.

Mag auch ein solcher Satz vielleicht praktisch sein und auch wohl dem Volksempfinden entsprechen, so ist er doch in keiner Weise durch das Gesetz gerechtfertigt.

---

1) Oertmann zu § 141 Z. 2; Hölder daselbst Z. 2.

2) Behandlung formwichtiger Verpflichtungsgeschäfte, Arch. f. civil. Praxis B. 104 S. 33 ff., S. 12 ff.

Nirgends im Gesetz steht davon etwas. Vielmehr folgt das Gegenteil aus den gesetzlichen Vorschriften und zwar e contrario aus den Bestimmungen der §§ 766, 313, 518 Abs. 2.[1]).

Wollte man den Ausführungen Reichels folgen, so würde man sich diesen Gesetzesparagraphen gegenüber in Widerspruch setzen und man würde in das BGB. etwas hineintragen, das der Gesetzgeber gar nicht gewollt hat.

Einen weiteren Beleg für unsere Ansicht, dass nämlich nach dem BGB. die Erfüllung den Formenmangel regelmässig nicht zu heilen vermag, geben die Motive I S. 183, die im Gegensatz zum ALR.,[2]) dem österreichischen BG.[3]) und dem bayr. Entwurf,[4]) die den Standpunkt vertraten bezw. vertreten, dass die durch den Formzwang verdrängte Vertragstreue durch das Mittel der Erfüllung wieder zur Geltung gebracht werde, mit Recht sagen, dass wenn auch der Vertragsbruch sich nicht selten unter die Fahne des Formzwanges stelle, dies nicht als eine Folge des Formzwanges anzusehen sei, sondern sich als Missbrauch darstelle. Sie widerlegen damit, wie es bereits von Ihering[5]) geschah, die Meinung, dass der Formzwang in einem grundsätzlichen Gegensatz zu der Vertragstreue stehe.

Man wird also sagen müssen, dass, wenn das BGB. es besonders zulässt, dass der Mangel der Form

---

1) RG. JW. 1904, 197 u. OLG. Frankfurt Rspr. 8, 36, 16, 280.
2) I 5 §§ 146, 147, 156, 167; I 11 § 1065; I 14 §§ 243, 411.
3) § 1432.
4) II Art. 17 Abs. 2, Art. 906.
5) Geist des röm. Rechts II Abt. II S. 489ff.

durch nachträgliche Erfüllung nachgeholt werden kann,[1]) derartige Bestimmungen als Ausnahmen von der oben aufgestellten Regel zu gelten haben.

Wenn das BGB. im § 766 den Satz aufstellt, dass der Mangel der Form geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, so ist dies aus der Erwägung heraus geschehen, dass der Grund für das Erfordernis der Schriftlichkeit, den Bürgen vor der Inanspruchnahme unüberlegter Bürgschaften zu sichern, nach freiwilliger Erfüllung seitens des Bürgen nicht mehr besteht.[2])

Mit dieser Bestimmung wird der Formvorschrift für die Bürgschaft, die im wirtschaftlichen Leben doch eine grosse Rolle spielt, ein gut Teil ihrer immerhin verkehrserschwerenden Härte genommen.

Dass die Surrogate für die Erfüllung (Leistung an Zahlungsstatt, nicht rücknehmbare Hinterlegung und Aufrechnung) ebenfalls den Mangel der Form heilen, bedarf keiner Eröterung.

Ebenso ist auch eine Rückforderung ausgeschlossen, selbst wenn der Bürge der Meinung war, zur Leistung verpflichtet zu sein.

§ 5.

Beurteilung mündlicher Nebenabreden bei der Verbürgung.

Wie wir gesehen haben, ist die Nichtigkeit wegen Formmangels eine unbedingte.

Selbst der zwingende Charakter der Normen über Treu und Glauben greift den Formvorschriften gegenüber

---

1) vgl. oben Seite 3.

2) Bericht der Reichstagskommission 94, RG. 59 S. 10 ff.

nicht Platz.[1]) Damit ist natürlich nicht gesagt, dass formbedürftige Rechtsgeschäfte der Auslegung nicht fähig seien. Die Vorschrift des § 133 BGB., wonach der wirkliche Wille zu erforschen ist, ist vielmehr auf dem ganzen Rechtsgebiet anwendbar, wie das Reichsgericht speziell über die Bürgschaftserklärung wiederholt entschieden hat.[2])

Und wenn nun auch aus dem formell abgefassten Geschäft die Vermutung für das wirklich gewollte und für die Vollständigkeit spricht,[3]) so können deshalb doch, um den wirklichen Willen zu ermitteln, auch andere ausserhalb der Urkunde liegende Umstände berücksichtigt werden.[4])

Damit drängt sich die Frage auf, inwieweit mündliche Nebenabreden, d. h. Vereinbarungen, die die Parteien auserhalb des in der Urkunde fixierten Inhaltes getroffen haben, zulässig sind. Die Ansichten sind darüber geteilt. Grundsätzlich wird man immer sagen können, was nicht beurkundet, ist nicht rechtswirksam, denn wozu anders ist sonst die Urkunde da, wenn das in ihr zum Ausdruck gebrachte nicht als der wirkliche Wille der Parteien in seinem vollständigen Umfang aufzufassen ist.

Die Erfahrung lehrt aber, dass oft auch nach dem Willen der Beteiligten das Geltung haben soll, was neben dem schriftlich aufgesetzten mündlich verabredet ist. Meist wird es sich hierbei um nebensächliche Festsetzungen handeln. Es würde mit Recht als eine Härte empfunden werden und auch mit der Bestimmung des

1) RG. 72 S. 343.
2) RG. 59 S. 217.
3) RG. 68 S. 15, 11 S. 45, Respr. 12 S. 14.
4) RG. 59 S. 219 J. W. 1903 Beil. S. 108, Respr. 12 S. 100.

§ 133 BGB. nicht in Einklang zu bringen sein, wollte man diesen Abreden durchweg die Gültigkeit deshalb absprechen, weil sie nicht schriftlich abgefasst sind.

Mit der herrschenden Meinung,[1]) der auch jetzt Planck[2]) beigetreten ist, wird man annehmen müssen, dass mündliche Nebenabreden, insoweit sie die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem gesetzlichen oder dem in der Urkunde angegebenen Mass beschränken bezw. den Inhalt der Verpflichtung unberührt lassen, für rechtswirksam zu halten sind. Erweitern sie jedoch die Verpflichtung des Bürgen über dieses Mass hinaus, verzichtet z. B. der Bürge auf die Einrede der Vorausklage, so ist für ihre Gültigkeit die Schriftform erforderlich.

Die Ansicht, die die Praxis zum Teil[3]) verteidigt, wonach mündliche Nebenabreden überhaupt nicht zugelassen sind, ist daher irrig, und es ist dem OLG. Dresden (vgl. unten Rspr. 8 S. 84) nicht beizustimmen, wenn es sagt, dass in dem Falle, wo das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine besondere Form stellt, das Formerfordernis sich ohne weiteres auch auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen erstreckt: „Es folge dies auch ohne gesetzliche Regelung, wie sie im § 826

---

1) vgl. Dbg. § 285II; Oertmann zu 766 Z. 1b δ; Staudinger daselbst 1c; Crome S. 872; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 171; Neumann z. 766 Z. 2a; Brückner, Recht 1900 S. 343; Rg. Warneyer 1908 Nr. 149 1909 S. 309, 1910 S. 102; OLG. Colmar, Recht 1910 Nr. 1557; Rg. 56 S. 310 ff., 59 S. 10 ff., 228 ff., 65 S. 48 ff., 71 S. 415 ff.; Rspr. 20 S. 242.

2) zu § 766 Bem. 5, der früher mündliche Nebenabreden jeglicher Art zuliess, wie jetzt noch Fischer-Henle zu 766.

3) vgl. OLG. Bamberg, Seuff. 61 S. 366; Rspr. 8 S. 84, 12; S. 100.

Sächs. GB. gegeben war, von selbst aus dem Formerfordernis."

Dass es nicht angeht, mündliche Nebenabreden zuzulassen, die die Haftung des Bürgen erweitern, folgt schon daraus, weil sonst der Formzwang leicht die ihm im Gesetz beigelegte Bedeutung einbüssen würde.

Andererseits ist aber auch nicht einzusehen, warum nicht die Bürgenhaftung erleichternde Bestimmungen in mündlicher Form gültig sein sollen. Denn es handelt sich in diesen Fällen lediglich um einen teilweisen Verzicht des Gläubigers auf seine Rechte und nicht um das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen; nur der Gläubiger wird belastet, für dessen Erklärung die Schriftlichkeit aber nicht vorgeschrieben ist. Der § 766 erfordert die Schriftform nur für die Bürgschaftserklärung, also für die Erklärung, die der Bürge den Gläubiger abgibt.

Voraussetzung für die Geltung solcher Nebenabreden ist aber, dass die Vertragsparteien deutlich ihren Willen zu erkennen gegeben haben, dass auch die Nebenabrede neben der schriftlichen Bürgschaftserklärung gelten soll.[1])

Dass derjenige, der sich auf eine mündliche Nebenabrede beruft, dafür beweispflichtig ist, ist nach dem Gesagten ohne weiteres klar.

Aus dem gleichen Grunde wie die N. unterliegen auch nachträgliche Abänderungen des ursprünglichen Bürgschaftsvertrags nicht der Schriftform, wenn sie die Bürgschaftshaftung beschränken.[2])

---

1) vgl. u. a. Rg. Warn. 08 Nr. 149; Recht 1910 Nr. 1557; Rg. 65 S. 46 ff., 71 S. 415 ff.

2) Rspr. 20 S. 242; Rg. 53 S. 357, 59 S. 229.

Erklärt sich also der Bürge nachträglich damit einverstanden, dass die Hauptverbindlichkeit dem Hauptschuldner gegenüber früher fällig werden soll, so würde hierfür die Schriftform nicht erforderlich sein, da eine derartige Vereinbarung sein Verhältnis zu dem Glgr. nicht berührt.[1])

Ebensowenig braucht die beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages oder nachher getroffene Vereinbarung der zeitlichen Beschränkung der Bürgschaft schriftlich zu sein. Denn wie Oertmann a. a. O. (A. M. die oben cit. Entsch. des OLG. Bamberg) zutreffend ausführt, würde in einer solchen Verabredung, „sofern sie keine Nebenabrede sei", doch ein beschränkter Aufhebungsvertrag liegen, der erst recht formfrei sein darf.[2])

Wird aber zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger vereinbart, dass die Bürgschaftsschuld früher fällig sein soll, so würde hierfür Schriftlichkeit verlangt werden müssen.[3])

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die bedingte Bürgschaft. Die Bedingung muss schriftlich sein, wenn durch sie der Bürge beschwert wird. Die den Bürgen befreiende Bedingung dagegen ist formlos gültig.[4])

Dasselbe trifft für nachträglich vereinbarte Bedingungen zu.[5])

Bei dieser Erörterung muss selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass das, was den Inhalt der Bürg-

---

1) Rg. 59 S. 10ff.

2) vgl. die Ausführungen § 10.

3) Rg. 25/6 1903 Bl. f. Ra. 69 S. 403 (Nr. 03, Beilage 108); OLG. Karlsruhe 8/10 03, Recht 03, S. 605.

4) Rg. 65 S. 48ff.; Rg. Warn. 1910 S. 102.

5) Rg. 71 S. 415ff. (DJZ. 09 Nr. 1385, JW. 1909 S. 655f.).

schaftserklärung[1]) bildet, in seinen wesentlichen Teilen in der Bürgschaftsurkunde selbst enthalten ist[2]), da die gesetzliche Formvorschrift sich notwendigerweise auf den ganzen Vertrag erstreckt. Im Falle gesetzlichen Formzwanges wird daher eine formlose Nebenabrede die Wirksamkeit des ganzen Vertrages in Frage stellen[3]), da nach § 139 BGB. zu prüfen sein wird, ob infolge unrichtiger oder lückenhafter Beurkundung das ganze Rechtsgeschäft unwirksam ist. Die §§ 154 und 155 BGB. werden heranzuziehen sein, wenn darüber Streit herrscht, ob wesentliche Punkte oder Nebenpunkte, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte, nicht beurkundet sind.

Dass im Falle der Heilung der Nichtigkeit durch Erfüllung auch die zur Zeit der Erfüllung noch aufrecht erhaltenen formlosen Nebenabreden und Abänderungen geheilt werden, bedarf keiner weiteren Erörterung.[4])

§ 6.

Formerfordernis für den Vorvertrag über die Bürgschaftsübernahme.

Im Anschluss hieran dürfte auf die Frage einzugehen sein, ob der Vorvertrag über die Bürgschaftsübernahme der Schriftform bedarf.

Vorverträge sind übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen, die die Verpflichtung zum Abschluss eines zweiten Vertrages begründen sollen. Der Bürge verpflichtet sich im Einverständnis mit dem Gläubiger,

1) § 765 BGB.
2) RG. 59 S. 218 f.
3) Rg. 59 S. 218 f., 65 S. 390 ff.
4) vgl. RG. 54 S. 109, 52 S. 1 ff.

demnächst für den Eingang der Forderung des Gläubigers an seinen Schuldner einzustehen. Ein derartiger Vertrag soll also den Abschluss des später folgenden Bürgschaftsvertrages sicher stellen. Über Vorverträge überhaupt und insbesondere darüber, ob sie den Formzwange des Hauptvertrages unterliegen, hat das BGB. nichts bestimmt. Die Motive sind — wohl zu Unrecht — der Ansicht, dass letztere Frage in Ermangelung einer allgemeinen Regelung des Vorvertrages im Gesetz auf sich beruhen könne. Immerhin ist diese Frage doch von gewisser Bedeutung, schon deshalb, weil im gemeinen Recht darüber Streit geherrscht hat. So standen Regelsberger[1]), ferner Delgenkolb[2]) auf dem Standpunkt, dass der Vorvertrag der Form nicht bedürfe, während die Allgemeinheit gegenteiliger Meinung war. Für die Bürgschaft war die Frage bedeutungslos, da die Verbürgung im gemeinen Recht formlos war.

Mit der herrschenden Ansicht ist anzunehmen, dass auch für den Vorvertrag die Einhaltung der Formvorschrift nötig ist und zwar schon aus der Erwägung, dass andernfalls der Zweck der Form, den Handelnden zu besonnener Überlegung zu veranlassen, umgangen werden könnte. Allerdings dürfte dieser Grund nicht ganz durchschlagend sein. Denn, wie Staudinger mit Recht ausführt[3]), kennt unsere Rechtsordnung keinen allgemeinen Satz, der an jedes agere in fraudem legis die Folge der Nichtigkeit knüpft, zudem wohl überhaupt auch nur Verbots- nicht Gebotssätze der Umgehung fähig sind. Wenn

---

1) Civilrechtl. Erörterungen I 139f., und im Handbuch I 418 f.

2) S. 69.

3) Bd. I Nr. 8 vor § 145.

man aber nach Stintzing, „Vorverpflichtung", annimmt, dass der Vorvertrag kein selbständiger Vertrag, sondern Vor- und Hauptverpflichtung nur Stadien desselben Schuldverhältnisses sind, so wird man aus diesem Grunde zweifelsfrei die Formbedürftigkeit bejahen müssen. Auch das Reichsgericht und andere höhere Gerichte vertreten in verschiedenen Entscheidungen diese Ansicht.[1])

Es würde gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze verstossen, wollte man eine formlose Verpflichtung auf den Abschluss eines Vertrages zulassen, für dessen Gültigkeit die Abfassung in einer bestimmten Form vorgeschrieben ist.

Der Vorvertrag ist mithin formbedürftig, und aus dem formlosen Geschäft ist daher auch keine Klage auf Vollziehung der Form gegeben.[2])

Ebenso ist der Fall zu behandeln, bei dem sich jemand dem Hauptschuldner gegenüber zur Bürgschaftsleistung in unwiderruflicher Weise verpflichtet. Es wird also auch hier Schriftlichkeit erfordert werden müssen. Der Zweck des § 766 BGB. würde sonst vereitelt werden.[3])

Die gegenteilige Ansicht wird von Markus[4]) vertreten und auch von Oertmann[5]), der allerdings Zweifel hat. Letzterer begründet seine Meinung damit, dass der § 766 als Formvorschrift streng auszulegen, und eine Umgehungsgefahr bei Formlosigkeit der kumulativen Schuld-

1) Bd. 43 S. 139, 48 Nr. 31 S. 136, Bd. 53 Nr. 60 S. 239; vgl. ferner Rspr. 12 S. 276, Entsch. OLG. Frankfurt im Recht Bd. 7 S. 235 RG. 72 S. 385.

2) RG. 43 S. 140, 50 S. 48.

3) vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 69.

4) DJZ. 1906 S. 815.

5) S. 938 f. Z. 2 zu § 765.

übernahme, des Garantievertrags und des Kreditauftrages doch nicht zu vermeiden sei.

Was die Umgehungsgefahr anlangt, so liegt die Sache bei den genannten Rechtsverhältnissen doch wohl etwas anders, als bei dem Vorvertrag, da Schuldübernehmer, Auftraggeber, Garant die Folgen ihrer Handlungsweise leichter übersehen können, weil sie in aller Form Schuldner werden sollen, während der Bürge häufig glaubt, dass er wegen seiner nur accessorischen Beteiligung nicht in Anspruch genommen werde.[1]) Im übrigen sind auch die von Oertmann angeführten Gründe gegenüber dem Obengesagten nicht stichhaltig.

Das gleiche gilt von Markus. Er findet die Begründung seiner Ansicht darin, dass er sagt, dass die Verträge auf Leistung an Dritte — um einen solchen würde es sich vorliegend handeln — eine besondere Form nicht erfordern, deswegen auch die Verpflichtung zur Bürgschaftsübernahme gegenüber dem Hauptschuldner — blos weil es eine solche ist — dem § 766 nicht unterworfen sei. Ferner stützt er sich auf die RG. Entsch. 59 S. 14, in der nebenher gesagt sei, dass nur die Bürgschaftserklärung schriftlich sein müsse. Diese Entscheidung kann aber deshalb nicht herangezogen werden einmal, weil sie unseren Fall garnicht berührt, dann aber auch, weil die Bürgschaftserklärung lediglich in Gegensatz zu der Bürgschaftsannahme gesetzt ist, die formlos sein kann. Wenn sich schliesslich Markus noch auf den § 778 BGB. und die diesen Paragraphen betreffende Entsch. des RG. 50 S. 160 beruft, die da sagt, dass der Auftrag des Schuldners an

---

1) vgl. die Ausführungen bei der kumulativen Schuldübernahme.

den Bürgen, Bürgschaft zu leisten, und die Annahme desselben durch den Bürgen nicht der Form[1]) bedarf, so ist dabei zu berücksichtigen, dass der Auftrag seitens des Bürgen jederzeit kündbar ist.[2]) Würde freilich auf das Kündigungsrecht verzichtet sein, so wird die Form nötig sein.[3])

Anders liegt der Fall, wenn der Gläubiger sich verpflichtet, einen Dritten als Bürgen für die Schuld seines — des Gläubigers — Schuldners anzunehmen. Für diesen Vorvertrag ist die Form selbstverständlich entbehrlich, da es sich hierbei nicht um die Verpflichtung seitens des Bürgen handelt, die lediglich in den Rahmen des § 765 BGB. fällt.

§ 7.

Formerfordernis für die Erklärung zur Bürgschaftsübernahme und Inhalt der Bürgschaftserklärung.

Das Schrifterfordernis bei der Verbürgung erstreckt sich nicht auf den Bürgschaftsvertrag, sondern lediglich auf die Bürgschaftserklärung, d. h. auf das Versprechen des Bürgen an den Gläubiger, diesem für die Verbindlichkeit des Schuldners aufzukommen. Nur der Bürge hat sein Versprechen schriftlich abzugeben, die Annahme dieses Versprechens durch den Gläubiger bedarf keiner Form. Sie kann mündlich erfolgen oder auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen[4]). Dies

1) RG. JW. 1905 S. 182.

2) § 671 BGB.

3) Planck zu § 766 Nr. 6.

4) vgl. Seuffert's Archiv 54 S. 137, RG. 57 S. 66 J. W. 1906, S. 187, 714, RG. 57 S. 258, 62 S. 379.

genügt auch dann, wenn die Annahme für den Bürgschaftsvertrag den Charakter der Offerte hat, d. h. wenn z. B. der Gläubiger jemanden mündlich um die Übernahme der Bürgschaft ersucht, der Bürge dies Ersuchen annimmt und demnächst dem Gläubiger die Bürgschaftsurkunde übersendet. Nicht die Annahme des Gutsagens, sondern nur das Gutsagen bringt Gefahr und soll durch die Form geschützt werden.[1])

Welchen Inhalt die schriftliche Bürgschaftserklärung haben muss, ist aus § 765 BGB. zu beantworten.

Die Frage, was im einzelnen in die Erklärung aufzunehmen ist, kann zweifelhaft sein.

Im allgemeinen ist auch hier, wie bereits oben bemerkt, zu sagen, dass auch für die Bürgschaftserklärung die Auslegungsgrundsätze des § 133 BGB. zur Anwendung zu kommen sind und deshalb zu ihrer Auslegung „in den Grenzen der Vereinbarkeit des anderweit ermittelten wirklichen Willens mit der urkundlichen Erklärung“ auch ausserhalb der Urkunde liegende Umstände, sowie in anderen Urkunden enthaltene Erklärungen zu berücksichtigen sind.[2])

Nicht notwendig ist es, dass die Bürgschaft ausdrücklich übernommen wird, dass deshalb die Erklärung gerade die Ausdrücke „Bürgschaft,“ „verbürgen,“ „für die Schuld einstehen“ oder ähnliche enthält. Es muss vielmehr genügen, dass der Wille der Parteien, sich zu verbürgen, einwandfrei aus der ganzen Abfassung der Urkunde hervorgeht.[3]) In gleichem Sinne hat sich auch die RG. Bd. 31, S. 266 ausgesprochen, die zwar noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts gefällt ist, die

1) vgl. Crome II S. 871.
2) vgl. Com. RG. zu 766 Nr. 1.
3) vgl. Striethorst Archiv Bd. 83 S. 214.

aber auch durch die Bestimmungen des BGB. keine Einbusse erleidet.

Der Verbürgungswille würde dagegen nicht ausreichend festgestellt werden können, wenn jemand in einem Schreiben an den Gläubigen lediglich den Schuldner als kreditwürdig empfiehlt.

Im übrigen muss als Erfordernis für die Beobachtung der Formvorschrift verlangt werden, dass das, was den Inhalt der Bürgschaftserklärung nach § 765 BGB. ausmacht, im wesentlichen in die Urkunde aufgenommen wird. Insbesondere muss die Urkunde erkennen lassen, dass der Bürge eine fremde Schuld bezahlen will, sodann muss die fremde Schuld näher bezeichnet und ferner die Person des Gläubigers angegeben werden. Der konkrete rechtsgeschäftliche Inhalt der Urkunde muss also aus der Urkunde selbst erkennbar hervorgehen[1]). Ermittelt werden kann dieser Inhalt aber auch gemäss § 133 BGB. aus Umständen, die ausserhalb der Urkunde liegen, oder auch aus Erklärungen, die in anderen Urkunden enthalten sind.

Staudinger[2]) stellt sich auf den strengen Standpunkt, dass aus dem Schriftstück selbst hervorgehen müsse, dass der Bürge für die Verbindlichkeit eines Dritten einstehen will und für welche Verbindlichkeiten er einstehen will; er lässt es also nicht zu, dass diese Tatsachen aus der Urkunde in Verbindung mit anderen Umständen insbesondere durch Zusammenhalt mit dem Inhalt anderer Schriftstücke ermittelt werden. Er begründet diese Ansicht mit dem § 127 BGB. wonach Briefwechsel nur zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form als ausreichend erklärt ist

1) RG. 72 S. 115 f.

2) II zu 766 Nr. 1 b.

und stützt sich auf die RG. 57 S. 258. Meines Erachtens ist die Heranziehung des § 127 verfehlt. Denn im Satz II dieses Paragraphen ist lediglich für die durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form ein Ausnahmefall zu der von dem § 126 BGB. verlangten eigenhändigen Unterzeichnung insofern konstatiert, als zur Wahrung der vertraglichen Form Briefwechsel genügen soll. Nur die eigenhändige Unterzeichnung ist in Gegensatz zu dem Briefwechsel gesetzt.

Aber auch die Auslegung der cit. Entscheidung ist unzutreffend. Denn diese verlangt nähere Bezeichnung der Hauptschuld in der Urkunde selbst nur „so, dass ihre Identität sich daraus mit Sicherheit feststellen lässt." Danach genügt es also, dass die Bürgschaftsurkunde durch Hinweis auf eine andere Urkunde „genügendes Bestimmungsmaterial dafür bietet, für welche individuelle Schuld die Bürgschaft übernommen ist".[1]) Dass dieses die Meinung des RG. ist, geht auch aus seinen späteren Entscheidungen hervor,[2]) in denen es unter Bezugnahme auf die Entscheidung in Bd. 57 zum Ausdruck bringt, dass der unmittelbare Anschluss der schriftlichen Bürgschaftserklärung an die über die Hauptschuld aufgenommene Urkunde die spezielle Bezeichnung der Schuld wie auch des Namens des Gläubigers entbehrlich mache, sofern sich der Wille, für diese fremde Schuld einzustehen, aus der Anschlusserklärung ergebe.

Zulässig ist es daher, wenn der Bürge die Urkunde über die Hauptschuld unter Hinzusetzung der Worte „als Bürge" mitunterzeichnet. Würden diese Worte dagegen fehlen und nur der blosse Name unter der Urkunde stehen, so würde man von einer gültigen Bürg-

1) Oertmann zu § 766b.

2) Bd. 59 S. 217, 61 S. 343, 62 S. 172, 72 S. 115ff.

schaftserklärung nicht reden können, in Frage könnte dann höchstens eine kumulative Schuldübernahme kommen [1]).

Ebensowenig kann ein selbständiges Schuldversprechen und die Unterzeichnung eines Wechsels in der Absicht, eine bürgschaftliche Verpflichtung dadurch zu übernehmen, als Bürgschaftserklärung gelten.

Die Richtigkeit dieser Ansicht bezüglich der blossen Unterzeichnung der über die Hauptschuld ausgestellten Urkunde und der Unterzeichnung eines Wechsels in der Absicht, sich bürgschaftlich zu verpflichten, wird mit einer Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts [2]) zutreffend belegt.

Mit besonderer Ausführlichkeit befasst sich mit dieser Frage die bereits oben zit. Entsch. im 57. Bd. S. 259. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall schrieb im Verlauf eines Streites der Prozessbevollmächtigte der einen Partei: „es sei ein Vergleich dahin möglich, dass der andere Teil seine Schuld in bestimmten Raten zahle u. s. w., und dass eine dritte Person die solidarische Bürgschaft hierfür übernehme; das ganze sei dann in eine notarielle Urkunde aufzunehmen". Der Gegenanwalt schrieb: „Vergleichsvorschlag wird angenommen. Die Urkunde werde ich beschaffen." Eine Aufnahme der Urkunde erfolgte nicht. Da nicht gezahlt wurde, wurde Klage auf Grund übernommener Bürgschaft erhoben. Mit Recht verhielt sich das RG. ab-

1) OLG. Karlsruhe 3/5 07, Recht 07 Nr. 3079.

2) vgl. Rg. 57 S. 259ff., 59 S. 217ff., 62 S. 172, S. 383; Rg. DJZ. 08 S. 874, Rg. 63 S. 143ff., Warneyer 08 Nr. 506, Seuff. 64 S. 406. — Rg. 48 S. 155, 51 S. 113ff., 61 S. 5, 65 S. 407; vgl. ferner Adler ZHR. 65 S. 162f., Staub Bd. II S. 1214f.

lehnend, weil der Vorschrift der Schriftlichkeit nicht genügt sei. Das Schreiben des Anwalts enthält nur die „nackte“ Erklärung, dass der Vergleichsvorschlag angenommen und darüber eine notarielle Urkunde auszustellen sei. Die Urkunde muss aber (vgl. die Ausführungen S. 26) wenigstens den wesentlichen rechtlichen Inhalt derjenigen „Willenserklärung enthalten, deren schriftliche Niederlegung das Gesetz erfordert.“

§ 766 verlangt die Form für die Bürgschaftserklärung, und für eine solche Erklärung ist wesentlich das Einstehen für eine fremde Schuld. Dieser Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung muss in der Urkunde zum mindesten im wesentlichen zum Ausdrucke gebracht werden. In dem vorliegenden Fall ist das aber nicht geschehen.

Auch in anderen der erwähnten Entsch., so DJZ. 08 S. 874. wird stets betont, dass das Einstehen für eine fremde Schuld in der Urkunde auszudrücken sei.

In diesem Streitfall hatten die Beklagten in einer Urkunde den Empfang eines Darlehns bekannt und Rückzahlung versprochen. Unstreitig aber hatten sie ein Darlehen nicht erhalten. Die Klägerin behauptete aber, dass dem Versprechen eine Bürgschaft zugrunde liege, die die Beklagten für einen dritten übernommen, der von der Klägerin die verbürgte Summe geliehen hätte. Auch diese Urkunde lässt nicht erkennen, dass für eine fremde Schuld eingestanden werden soll.

Fehlt mithin dies wesentliche Merkmal der Bürgschaftsverpflichtung, so kann auch die blosse Unterzeichnung der über die Hauptschuld ausgestellten Urkunde (vgl. insbesondere RG. 62 S. 172) ebensowenig genügen, wie die Unterzeichnung eines Wechsels in der Absicht einer bürgschaftlichen Verpflichtung.

Der Mangel der Form kann allerdings nur die bürgschaftliche Haftung beseitigen, nicht aber auch die Haftung aus dem Wechselversprechen als solchem, „weil insoweit die fehlende schriftliche Bürgschaftsform einen hinsichtlich ihrer vom Gesetzgeber erwarteten Wirkung mindestens gleichwertigen Ersatz in der Schriftform des Wechsels selber findet“ (vgl. RG. 51 S. 113 f. u. 61, 5; Staub II S. 1214 f.).

Gegenüber diesen Erwägungen dürfte auch der Entsch. des OLG. München, Seuff 73, 715, die den Standpunkt verficht, dass eine Mitunterschrift unter einen Wechsel möglicherweise eine gültige Bürgschaft darstellen könne, allerdings nur, wenn sich aus der Abrede „besondere unzweideutige Anhaltspunkte“ dafür ergäben[1]), nicht beizustimmen sein[2]).

Auch die namentliche Bezeichnung der Person des Gläubigers ist entbehrlich, wenn zwischen diesem Gläubiger und dem Hauptschuldner nur eine Schuldbeziehung besteht oder wenn aus den übrigen Teilen der Urkunde die nähere Bestimmung der Schuld möglich ist. Es kann deshalb erst nach der Ausstellung der Urkunde der Name des Gläubigers von einem Dritten, selbstredend nur dem Willen des Ausstellers entsprechend, eingefügt werden.

Aus den angeführten Gründen ergibt sich auch, dass die Bezeichnung des Rechtsgrundes der Hauptforderung in der Urkunde nicht nötig ist.

Nach preussischem Recht, das für die Bürgschaft ebenfalls Schriftlichkeit verlangte, war dies streitig.

---

1) vgl. Oertmann zu 766 Z. 1 b α, der auch diesem Passus für bedenklich hält.

2) vgl. auch Rehbein zu Art. 81 W. O. Anm. 8 u. Staub daselbst §§ 16, 17.

So forderte das Obertribunal[1]) die Bezeichnung der Hauptverbindlichkeit und ihres Rechtsgrundes in der Urkunde. Das ROHG.[2]) hielt die Bezeichnung des Rechtsgrundes nicht für erforderlich, da die Form vorzugsweise den Zweck habe, die leichtsinnige Übernahme von Verbürgungen durch übereilte mündliche Erklärungen zu verhüten und da eine Ergänzung der Schrift durch anderweite Nachweise nicht ausgeschlossen sei. Dagegen sprach sich Eccius[3]) aus.

Crome[4]), Dernburg[5]), Staub[6]) halten ebenfalls die Angabe des Schuldgrundes nicht für nötig. Anderer Ansicht ist Schollmeyer, der die Bezeichnung des Schuldgrundes deshalb verlangt, weil ausserdem nicht erkennbar sei, welche der mehreren Schulden des Hauptschuldners gemeint sei.

Wenn nur die Urkunde im übrigen erkennen lässt, um welche Verbindlichkeit es sich handelt, braucht der Rechtsgrund der Schuld nicht angegeben zu sein[7]).

Eine gültige Bürgschaftserklärung würde auch dann vorliegen, wenn der Bürge bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages auf eine bereits im Besitz des Gläubigers befindliche schriftliche Bürgschaftserklärung Bezug nimmt. Die Bezugnahme auf eine frühere noch in Händen des Gläubigers befindliche Urkunde über eine bereits erledigte Bürgschaft würde jedoch nicht statthaft sein[8]).

1) Gruchot Bd. 7 S. 232 (vgl. jedoch 16 S. 621).
2) Bd. VI S. 277.
3) PPR. § 144 Anm. 15.
4) II § 295 Anm. 33.
5) II § 285 III.
6) Staub zu § 350 Anm. 4.
7) Planck zu 766 2b, RG. 59 S. 218, Seuff. 59 Nr. 80.
8) vgl. RG. 59 S. 42ff.

Ziehen wir aus dem Angeführten das Ergebnis, so werden wir sagen können, dass in der Bürgschaftserklärung zwar die Bürgschaftsverbindlichkeit bezeichnet sein muss, dass aber in ihr die Angabe der Hauptschuld nach Grund und Betrag und der Person des Gläubigers nicht erforderlich ist, sondern jede Bezeichnung genügt, durch die diese Tatsachen in zuverlässiger Weise ermittelt werden können. Damit ist auch dem Erfordernis Genüge getan, dass sich aus der Urkunde selbst die wesentlichen Merkmale der Bürgschaftsverpflichtung ergeben[2]).

§ 8.

Inhalt und Bedeutung der Vorschrift der Schriftlichkeit im § 766 BGB. in Verbindung mit dem § 126 BGB.

Schriftlich soll die Bürgschaftserklärung sein. Danach ist erforderlich, dass die Bürgschaftsurkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird (§ 126 BGB.).

Die Urkunde bedarf also erstens der Unterschrift. Damit wird verlangt, einmal, dass die Zeichnung des Schriftstücks räumlich dem Inhalt der Urkunde folgen, dann aber, dass sie handschriftlich vollzogen werden muss.

Der Begriff Unterschrift setzt voraus, dass diese ihrer Stellung nach den Text der Urkunde deckt, dass sie nicht z. B. durch einen sogenannten Quervermerk dargestellt wird. Dadurch ist ihr ihre örtliche Stellung angewiesen und damit kennzeichnet sich die unter-

1) vgl. RG. 72 S. 115 f.

schriebene Urkunde als das, was sie sein soll, nämlich, als eine in sich vollendete Willenserklärung. Die Unterschrift darf auch nicht allzuweit von dem Text entfernt stehen, denn dadurch würde die Vollendung der Willenerklärung fraglich erscheinen.

Da nach dem Gesetz nur Unterschrift erfordert wird, braucht der Aussteller den Text der Urkunde nicht selbst zu schreiben, er kann ihn vielmehr durch einen Anderen ausfüllen lassen[1]).

Fraglich kann es erscheinen, ob zeitlich der Unterschrift die Abfassung des Textes der Urkunde folgen kann, ob Blankettunterschrift genügt oder die Unterschrift unter einer inhaltlich noch nicht ganz vollendeten, sondern erst nach Vollziehung der Unterschrift fertig gestellten Erklärung. Die Frage ist bestritten.

Die herrschende Meinung und auch das RG.[2]) sprechen sich bejahend aus und verlangen, dass derjenige, der die Unterschrift als die seinige anerkenne, gegebenenfalls beweisen müsse, dass die Unterschrift nicht zum Zwecke der Verpflichtung gegeben sei oder dass der Text gegen oder ohne seinen Willen darüber gesetzt sei, oder dass die Urkunde nicht seine Erklärung enthalte.

Die gegenteilige Ansicht, wird insbesondere von Staudinger[3]), Loewe[4]), Voigtländer-Tetzner[5])

---

1) Ausnahme für das bolographische Testament, zu dessen Gültigkeit gemäss § 2231/2 BGB. eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung verlangt wird.

2) Bd. 27 S. 272, 57 S. 66, 58 S. 169, 60 S. 408, 63 S. 234, 71 S. 116.

3) zu 126, IV, Nr. 1.

4) S. 31 f.

5) Das Blankett, Leipz. Diss. 1908 S. 43 ff.

vertreten. Hellmann[1]) lässt die Beantwortung der Frage offen, ebenso Weyl[2]).

Es lässt sich nicht verkennen, dass der der herrschenden Meinung entgegengesetzte Standpunkt sehr viel für sich hat. Denn die Bestimmung, dass die Urkunde zu unterzeichnen ist, setzt voraus, dass ein Text bei der Unterzeichnung vorhanden ist; ein leeres Blatt Papier ist keine Urkunde, die unterzeichnet werden könnte. Auch die Ausführungen, die insbesondere Loewe hierzu gibt, sind durchaus beachtenswert. Er lässt die Blankettunterschrift mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 126 nicht zu, da der Entwurf I § 92 Abs. 1 sagt „. . . muss die Urkunde . . . unterzeichnet sein . . .", während der Entwurf III diese Fassung abändert in „. . . muss die Urkunde . . . unterzeichnet werden". Aus dieser ausdrücklichen Abänderung folgert er, dass es nicht nur darauf ankomme, dass die Unterschrift sich unter der Erklärung der Urkunde befinde, sondern dass sie unter die Erklärung gesetzt sei. Ferner bestimmt ihn zu seiner Ansicht die Erwägung, dass die unter § 126 fallenden Rechtsgeschäfte ihrer ganzen Natur nach strikt zu interpretieren seien. Die weitere Begründung, die er dazu gibt, dass derjenige, der seinen Namen auf ein leeres Blatt zeichne, vorher nicht wissen könne, ob der Gegner die Erklärung auch in solcher Weise über die Unterschrift setzen werde, dass sie tatsächlich die Erklärung decke und dass der die Erklärung nachträglich Niederschreibende einseitig die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dadurch herbeiführen könne, dass er die Erklärung selbst, etwa unter Frei-

1) Vort. über d. BGB. S. 76.
2) Vort. Bd. I S. 238.

lassung eines verhältnismässig grossen Zwischenraums, in solche Entfernung über die Unterschrift setze, dass sie durch diese nicht mehr gedeckt werde, erscheint von vornherein nicht stichhaltig, da nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur in dem Sinn des Unterzeichners und gemäss der Vereinbarung die Ausfüllung zu erfolgen hat. Nur aus dem Umstande, einem event. Betrug des Ausfüllenden vorzubeugen, dürften die Gründe für seine Ansicht nicht zu entnehmen sein.

Aber auch im übrigen können wir uns der strengeren Auffassung nicht anschliessen und zwar schon um deswillen nicht, weil sie eine weitere unnötige Verkehrserschwerung für die formbedürftigen Geschäfte, die an sich schon eben durch die Form, die sie erheischen, in gewissem Sinne verkehrshindernd wirken, bedeuten würde. Insbesondere für Parteien, die in einem grösserem Geschäftsverkehr zu einander stehen, sind Blankettzeichnungen nichts seltenes und gerade bei der Übernahme der Bürgschaft lassen sich oft, z. B. die Höhe der zu übernehmenden Schuld, und auch sonstige Angaben vorher nicht bestimmt bezeichnen, so dass zur schnelleren Abwickelung der Geschäfte eine Blankettzeichnung erforderlich erscheint. Der Bürge gibt jedenfalls durch eine solche Zeichnung die Absicht, sich zu verbürgen, zu erkennen, und das ist das allein ausschlaggebende. Hält er selbst den Hauptschuldner für vertrauenswürdig genug, um diesem die Ausfüllung der Urkunde zu überlassen, so wird man keine Veranlassung haben, eine derartige Unterschrift für nicht ausreichend zu erklären.

Dass Formgeschäfte im allgemeinen strikt auszulegen sind, hindert nicht, die Gesetzesbestimmung des § 126 BGB. einer freieren Auslegung zu würdigen. Es ist ja richtig, dass dem Wortlaut des Gesetzes nach die Ur-

kunde in ihrer Vollendung zu unterzeichnen ist.. Dem Gesetzgeber kam es aber doch wohl nur darauf an, dass die fertige Urkunde nicht der Unterschrift entbehre. Einen anderen Zweck verfolgte er mit der Bestimmung des § 126 nicht. Er will lediglich den Aussteller der Urkunde dadurch, dass er von ihm die schriftliche Vollziehung verlangt, durch dieses Formerfordernis zur Überlegung anhalten. Nur darauf hat der Gesetzgeber das Schwergewicht gelegt, und das ist der Sinn der Vorschrift.

Aus diesem Grunde kann auch der Abänderung, die im Entwurf III gegenüber dem ersten Entwurf vorgenommen ist, nicht allzugrosse Bedeutung beigelegt werden.

Für unsere Ansicht sprechen aber auch noch andere gewichtige Gründe.

So dürfte aus der Bestimmung des § 2231 Nr. 2 BGB., die als einzigen Ausnahmefall für das holographische Testament verlangt, dass dieses eigenhändig geschrieben und unterschrieben sei, zu folgern sein, dass im übrigen eine Unterschrift in blanco als Unterschrift zu gelten hat[1]). Noch deutlicher aber als aus § 2231 BGB. wird unsere Ansicht aus den §§ 416, 440 Abs. 2 ZPO. belegt. In diesen Bestimmungen ist zum Ausdruck gebracht, dass derjenige, der seine Unterschrift anerkennt, beweisen muss, dass ihn seine Unterschrift nicht verpflichtet, weil sie seine Erklärungen nicht darstellt, sei es, dass er die Unterschrift nicht zum Zwecke der Unterschrift gegeben, sei es, dass der Text ohne oder gegen seinen Willen oder mit unrichtigem Inhalt

1) vgl. Ob. Tr. 68 S. 128. Diese Entscheidung, die den anderen Standpunkt vertritt, kann nicht als massgebend gelten, weil sie noch unter das alte Recht fällt.

darüber gesetzt ist. Daraus geht klar hervor, dass die ZPO. auch die Blankettzeichnung für zulässig hält[1]).

Das gleiche gilt, wenn nachträglich Zusätze oder Änderungen in der Urkunde vorgenommen sind. Auf alle Fälle muss diese aber die Unterschrift decken; eine nicht unterschriebene Nachschrift würde nicht gültig sein[2]).

Weiter wird erfordert Unterschrift. Die Unterzeichnung hat handschriftlich zu erfolgen. Nicht ausreichend ist Unterdruck oder Unterstempelung oder ein sonstiges mechanisches Verfahren[3]). Das folgt einmal aus dem Wortlaut des Gesetzes, der durch nichts hinweg zu interpretieren sein dürfte, dann aber auch e contrario aus der Bestimmung des § 793 BGB., in der ausdrücklich zur Unterzeichnung von Inhaberpapieren eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift zugelassen ist. Gerade diese Ausnahmebestimmung verbietet noch besonders ihre Anwendung auch auf die übrigen formbedürftigen Geschäfte.

Das Obengesagte gilt auch aus den gleichen Gründen für den Aufdruck eines Facsimile der Unterschrift. Die Gültigkeit des letzteren nimmt Eccius a. a. O. an, während er den Aufdruck eines einfachen Namensstempels nicht für genügend erachtet. Er begründet dies damit, indem er sagt, es komme lediglich darauf an, dass derjenige, der das Facsimile unter das Schriftstück gesetzt habe, diesem dadurch das äussere Ansehen eines unterschriebenen Schriftstücks habe geben wollen; dem Facsimile könne man nicht ansehen, ob es geschrieben oder gedruckt sei, und das Ausmalen der Schriftzüge im einzelnen könne ebensowenig als wesent-

1) vgl. Rehbein BGB. zu §§ 125—129 IV 1a.
2) RG. 36 S. 241.
3) RG. J. W. 00 S. 469.

lich angesehen werden, wie das Material, mit dem geschrieben sei.

Seine Ansicht, die im übrigen auch in der Unterscheidung zwischen Aufdruck des einfachen Namensstempels und Aufdruck der facsimilierten Unterschrift unpraktisch erscheint, dürfte durch das BGB. widerlegt sein. Mit Recht weist auch Loewe[1]) darauf hin, dass das Facsimile schon aus dem Gesichtspunkt des Beweises einer Handschrift gegenüber nicht gleichwertig sein könne. Nach den Vorschriften der ZPO., §§ 441, 442, kann der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Unterschrift auch durch Schriftvergleichung geführt werden. Bei dem Stempel- oder Facsimiledruck ist dies nicht angängig. „Eine Unterschrift gibt dem Beweise eine doppelte Grundlage, nämlich einmal für die Tatsache der Ausführung des Namens, dann aber auch für die Form und Eigenart der individuellen Schriftzüge. Ein Namensdruck, selbst im genausten Facsimile, weist die zweite Grundlage nicht auf.“ Die Handschrift gibt der Urkunde erst das individuelle Gepräge.

Dass die Unterzeichnung mittelst Schreibmaschine als Unterschrift gelten kann, muss verneint werden. Der Wortlaut des Gesetzes, dass lediglich Schrift verlangt, spricht allerdings dafür. Dagegen spricht aber der Zweck des Gesetzes, da wie Dernburg[2]) mit Recht darauf hinweisst, die Unterschrift mit der Maschine „ein individuelles Gepräge so wenig hat, als der Firmenstempel“.

Eine Prüfung der Echtheit durch Schriftvergleichung ist daher unmöglich [3]).

1) S. 27.

2) I § 136 S. 411.

3) Anderer Ansicht ist Weyl, Vortr. Bd. I S. 238 Anm. 3.

Die Vorschrift des § 126 BGB. verlangt aber auch nicht mehr als, dass der Aussteller seinen Namen unterschreibt; ob er ausser diesem noch etwas anderes schreiben oder lesen kann, oder ob er der in der Urkunde gewählten Sprache kundig ist, ist ohne Bedeutung für die Gültigkeit der Unterschrift. Mit Rechtsgiltigkeit wird deshalb auch der Blinde unterschreiben können, wenn ihm nur der Inhalt der Urkunde durch vertrauenswürdige Dritte kund gegeben ist[1]).

Der Unterschrift gleichgestellt ist die Unterzeichnung mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens und zwar nicht allein für den des Schreibens Unkundigen[2]). Der Aussteller kann sich vielmehr beliebig des einen oder anderen bedienen, sowohl der Unterzeichnung durch Namensunterschrift wie durch Handzeichen, da das Wort „unterzeichnen" beide Arten der Unterzeichnung in sich einschliesst. Das Handzeichen muss nur den oben angeführten und den unten noch zu behandelnden Voraussetzungen genügen.

Welcher Art und Beschaffenheit das Handzeichen sein soll, darüber finden sich im Gesetz keine Bestimmungen. Das ALR.[3]) sprach von Kreuzen oder anderen Handzeichen. Mangels positiver Vorschriften wird man jegliche Art von Zeichen so auch Unterstempelung durch

---

1) Anderer Ansicht Schultze-Görlitz RFG. zu 177 Anm. 3.

2) Im ALR. I § 272 war das Handzeichen beschränkt auf den Schreibenskundigen, Blinden, Taubstummen, den am Schreiben verhinderten, — und überhaupt nicht zulässig für die Unterzeichnung einer privatschriftlichen Vertragsurkunde, sondern nur für die Unterzeichnung eines vor Gericht oder Notar aufgenommenen Vertrages —, die in den genannten Fällen allein die gesetzliche Schriftform ersetzen konnte.

3) I 5 § 175.

den Aussteller[1]), die in der Absicht, die Stelle der Unterschrift zu vertreten, unter die Urkunde gesetzt sind, für genügend erachten müssen, sofern sie nur gerichtlich oder notariell beglaubigt sind. Letzteres Erfordernis ist im Interesse der Rechtssicherheit geboten, denn das gewöhnliche Handzeichen entbehrt im Gegensatz zu der Unterschrift der individuellen Merkmale des Unterzeichnenden und erfordert deshalb eine besondere Anerkennung vor Gericht oder Notar. Die leichtere Form der „öffentlichen Beglaubigung" hielt der Gesetzgeber nicht für ausreichend[2]).

Notwendig ist auch nicht, dass dem Unterzeichner die unterzeichnete Erklärung vorgelesen, oder, wenn er die Sprache, in der sie abgefasst ist, nicht versteht, verdolmetscht wird. Will er hieraus Rechte herleiten, so steht ihm das Anfechtungsrecht gemäss § 119 BGB. zu.

Die Tatsache, dass es in das Ermessen des Schreibenskundigen gestellt ist, sich auch dem Blinden und Taubstummen u. s. w. gegenüber des Handzeichens statt der Unterschrift zu bedienen, lässt die Frage aufkommen, ob es nicht zweckmässig gewesen wäre, auch bei einfachen schriftlichen Willenserklärungen der Blinden u. s. w. weitere Schutzmassregeln als die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung für erforderlich anzusehen und zwar gerade deshalb, weil das ALR. das Handzeichen auf den Schreibensunkundigen, den Blinden, Taubstummen und den am Schreiben Verhinderten beschränkt. Denn es liegt doch die Gefahr vor, dass ein gewissenloser Kontrahent, der wohl des Schreibens kundig ist, z. B. einem Blinden oder Taubstummen gegenüber, gerade

1) vgl. Düringer-Hachenburg HGB. S. 13 FG. §§ 167, 183, 184, 191.

2) vgl. Prot. I S. 90.

deshalb die Urkunde nicht mit seiner Unterschrift vollzieht, um später die Unterzeichnung eidlich ableugnen zu können, da die Möglichkeit einer Schriftvergleichung nicht vorliegt, auch der Beamte, der seiner Zeit die Beglaubigung vorgenommen hatte, sich der Sache nicht mehr erinnern wird und ferner auch die Tatsache, dass der Unterzeichner, der doch schreiben kann, trotzdem nur das Handzeichen gegeben hat, für ihn spricht[1]).

Der bayrische Entwurf[2]) sowie das schweizerische Obligationen Recht[3]) hatten denn auch wie das ALR. Vorschriften zum Schutze der Blinden u. s. w. erlassen.

Das BGB. hat aber davon abgesehen und zwar, wie die Motive[4]) sagen, deshalb, weil es solchen Personen freistehe, die Willenserklärung gerichtlich oder notariell abzugeben. Im Falle eines Betruges ständen ihnen Hilfsmittel nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze zu.

Ganz durchschlagend erscheinen diese Gründe wohl nicht, und es wäre immerhin zweckmässig gewesen, besondere Vorschriften für die betreffenden Personen vorzusehen. Aus dieser Erkenntnis heraus hat auch das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit[5]) für den Vertragsabschluss vor Gericht und Notar für Blinde u. s. w. besondere Bestimmungen erlassen.

Wer weder seinen Namen schreiben noch ein Handzeichen zu fertigen imstande ist, muss die Erklärung gerichtlich oder notariell beurkunden d. h. die Erklärung

---

1) vgl. Loewe S. 36, 37 u. Dorner RFG. 1899 S. 601.
2) I Art. 16.
3) Art. 13.
4) I S. 187 f.
5) §§ 167 ff., 178, 179, 191.

durch Gericht oder Notar aufnehmen lassen. Dies genügt auch für den des Schreibens kundigen, da die schriftliche Form hierdurch ersetzt wird[1]). Ob die Beurkundung durch den Richter der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit erfolgt, ist gleichgiltig. Als ein Hauptfall der letzteren gilt die im Zwangsvergleichsprotokoll enthaltene Bürgschaft. Die Form ist auch dann gewahrt, wenn das Protokoll von dem Bürgen nicht unterzeichnet ist[2]).

Das Gesetz verlangt weiter, dass die Unterschrift eigenhändig von dem Aussteller zu zeichnen ist.

Selbstverständlich und unbestritten ist es, dass man grundsätzlich auch durch einen Bevollmächtigten unterzeichnen lassen kann[3]). Zweifel herrschen jedoch darüber, ob ein Vertreter die Urkunde, die er auf Grund der Vollmacht des Vertretenen ausstellt, nur mit seinem eigenen Namen oder auch mit dem Namen des Vertretenen giltig unterzeichnen darf. Für die engere Auslegung, dass der Vorschrift des § 126 dann nicht genügt sei, wenn der bevollmächtigte Vertreter ausschliesslich d. h. ohne seinen Namen unter Andeutung des Vollmachtsverhältnisses beizufügen, mit dem Namen oder der Firma des Vertretenen unterzeichne, dass vielmehr nur die Unterzeichnung mit dem Namen des Vertreters zulässig sei, haben sich Planck[4]), Hölder[5]), Oertmann[6]), Endemann[7]), Loewe[8]), Simeon[9]), Gold-

1) § 126 Abs. 3 BGB.
2) Respr. 12 S. 101, RG. 64 S. 82.
3) Ausnahme § 2231 BGB.
4) zu § 126 Nr. 2.
5) Anm. 2 zu § 126.
6) 4 zu § 126.
7) I S. 300 Anm. 8.
8) S. 27 ff.
9) Recht u. Rechtsgang S. 157.

mann und Lilienthal[1]), Rehbein[2]), Müller[3]) u. A. ausgesprochen.

Zur Begründung dieser Ansicht wird insbesondere geltend gemacht, dass, da gemäss § 126 die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift zu unterzeichnen sei, als Aussteller der Urkunde nur derjenige in Betracht komme, der die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen selbst abgegeben habe und nicht ein anderer, in dessen Namen sie abgegeben sei; der Unterschreibende habe, da „eigenhändig" unterschreiben bedeute: seinen Namen unterschreiben, danach mit seinem eigenen Namen zu unterzeichnen. Bei anderer Auslegung habe das Wort „eigenhändig" gar keinen Zweck, auch könne man dann die Ausführung eines „eigenhändig geschriebenen" Testaments durch einen Vertreter für zulässig halten.

Wenn nun auch die Heranziehung des § 2231 BGB. zum Beweise dieser Ansicht nicht für durchschlagend anzusehen ist, da dieser Paragraph seiner ganzen Stellung im BGB. nach einen besonderen Ausnahmefall darstellt, bei dem eine Vertretung nicht zulässig sein kann, so sind doch im übrigen die angeführten Gründe nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Dazu kommt noch, dass auch die Motive[4]) es für ausgeschlossen halten, dass der Erklärende sich eines Anderen zum Schreiben seiner Unterschrift wirksam bedienen könne. Denn, wenn das Gesetz einmal die Form der Schriftlichkeit für eine Willenserklärung verlange, „so sei auch das zugleich zur Vereinfachung der Aner-

1) S. 158.
2) zu 125—129 IV b.
3) JZ. 1900 S. 497.
4) I S. 185.

kennung der Echtheit dienende Erfordernis der Eigenhändigkeit der Unterschrift das dem Zwecke des Gesetzes Entsprechendere".

Trotzdem möchten wir uns der gegenteiligen Meinung anschliessen, die ebenfalls angesehene Verteidiger gefunden hat, so Dernburg[1]), Cosack[2]), Neumann[3]), Staub[4]), Markus[5]) u. A.

Ebenso steht die Praxis[6]) in Übereinstimmung mit dem alten Recht[7]) auf diesem Standpunkt.

Massgebend für uns ist in erster Linie, dass bei Anwendung der strengeren Auslegung die Sicherheit des Verkehrs gefährdet würde. Wenn der Vertretene, nach dessen Willen doch die Urkunde ausgefüllt und dem Dritten übergeben ist, seine Verpflichtung nur um deswillen ableugnen könnte, weil der Bevollmächtigte die Urkunde nicht mit seinem, sondern mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet hätte[8]), so würde Treu und Glauben dadurch erschüttert werden.

Zur Begründung unserer Ansicht ist aber weiter noch zu sagen, dass sich im Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber befindet, dass der Vertreter mit seinem Namen unterschreiben muss, dagegen den Namen des Vertretenen nicht zeichnen darf. Der

---

1) I § 136.

2) I § 67, II 4.

3) 2 ♂ zu 126.

4) Anm. 38 zu § 350 und DJZ. 00 S. 338.

5) Im Recht 00 S. 10.

6) RG. 50 S. 51 ff. (ausführliche Begründung) u. 58 S. 388 f. DJZ. 1902 S. 151 (dagegen Lehmann S. 91 ff., Damme in DJZ. 1907 S. 54 ff.

7) ROHG. 5 S. 273, RG. 4 S. 307; 30 S. 406.

8) vgl. Dernburg l. c.

§ 126 BGB. verlangt lediglich die Namensunterschrift. Durch diese Vorschrift ist also nicht ausgeschlossen, dass der Aussteller der Urkunde auch mit dem Namen eines anderen unterzeichnet. Dass der Aussteller mit dem Namen eines beliebigen Dritten unterzeichnet, ist selbstverständlich nicht statthaft; aber etwas anderes ist es, wenn er den Namen desjenigen zeichnet, dessen Vollmacht er hat, da hierdurch die Unterschrift unter der Urkunde in ausreichender Weise gekennzeichet ist.

Nicht zu verwechseln mit dem Fall, in dem der Vertreter die Urkunde unterschreibt, sei dies mit seinem Namen oder mit dem Namen des Vollmachtgebers, ist der Fall, in dem sich der Erklärende eines Gehilfen für die Niederschrift der Erklärung und der Unterschrift bedient, z. B. wenn er Erklärung und Namensunterschrift diktiert. Das Erfordernis der Eigenhändigkeit wäre damit nicht erfüllt. Eine Urkunde des Erklärenden läge dann nicht vor, „da diese lediglich die Tätigkeit des Schreibenden verkörpert, nicht aber auch den Befehl, der diese Tätigkeit als eine mechanische erweist“ [1]). Der Zweck der Vorschrift der „Eigenhändigkeit“ ist gerade der, dass die eigenhändige Unterschrift der Urkunde den Stempel eines individuellen Merkmals aufdrücken soll. Bei dem Vertreter handelt es sich um eine selbstständige, wenn auch im Sinne des Vertretenen abgegebene Erklärung. Der Gehilfe ist dagegen lediglich als ein zur Niederschrift benutztes Werkzeug zu betrachten [2]). Die entgegengesetzte Ansicht, die von Laband [3]) vertreten wird, ist daher irrig.

---

1) vgl. Eccius PLR. I § 14 Anm. 19.
2) RG. 58 S. 387 ff.
3) DJZ. 1905 S. 573.

Wenn allerdings dem Unterzeichnenden blos nachhelfend die Hand geführt würde, so muss man annehmen, dass die Unterschrift sich darum doch als eine eigenhändige darstellt, da sie von dem Unterzeichnenden selbständig gewollt ist[1]).

Wie die Namensunterschrift, so muss auch das Handzeichen eigenhändig vollzogen werden. Der Ansicht von Jastrow[2]), der die Eigenhändigkeit des Handzeichens nicht für erforderlich hält, weil im § 126 „die eigenhändige Namensunterschrift dem beglaubigten Handzeichen parallel gestellt werde", ist nicht beizutreten. Denn § 126 spricht nicht von einer „eigenhändigen Namensunterschrift", sondern verlangt, dass die Urkunde eigenhändig unterzeichnet werde und zwar entweder durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens. Das „eigenhändig" muss sich daher auf das Handzeichen beziehen[3]).

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob telegraphische Übermittelung zur Wahrung der im § 126 BGB. verlangten Form genügt.

Der erste Entwurf hielt die schriftliche Form bei telegraphischer Übermittelung einer einseitigen Willenserklärung für gewahrt, wenn das dem Telegraphenamt zur Beförderung übergebene Schriftstück von dem Absender unterzeichnet war. Das Bedenken hierbei, dass der Empfänger des Telegramms nicht in der Lage sei, die Echtheit der Erklärungen zu prüfen, weisen die

---

1) Anderer Meinung ist Scherer, das erste Jahr des BGB. S. 65 und Kom. BGB. S. 254.

2) Formularbuch u. Notariatsrecht Anm. 19b zu § 183 RFG.

3) vgl. Lenel, Jahrbuch für Dogm. Bd. 36 S. 25 Not. 2, S. 26 Not. 2.

Motive[1]) damit zurück, dass der Absender des Telegrammes die Feststellung seiner Person durch das Telegraphenamt und die Beifügung eines entsprechenden Vermerks auf dem Telegramm herbeiführen könne.

Diesen Gründen kann nicht beigepflichtet werden. Denn, selbst wenn der Absender in der Lage wäre, eine solche Sicherung im Interesse des Mitkontrahenten herbeizuführen, er könnte dazu nicht gezwungen werden. Es würde aber auch für das Telegraphenamt unmöglich sein, die Identität des Absenders zu prüfen, da andernfalls der Geschäftsverkehr durch eine solche Prüfung in ganz ausserordentlich starker und die Interessen der Allgemeinheit störender Weise gehemmt würde.

Auch die anderen Mittel, die zur Abhilfe des Übelstandes vorgeschlagen sind, so z. B. Aushändigung der Telegrammaufgabeschrift auf Erfordern des Empfängers oder Vorlage zur Einsicht,[2]), würden praktisch nicht durchführbar sein, da Aufbewahrung und Heraussuchung namentlich, wenn darüber schon Jahre verstrichen, besondere Schwierigkeiten machen würden.

Der II. Entwurf hat denn auch die Bestimmung wieder gestrichen, und im BGB. ist im § 127 nur für die gewillkürte Schriftform telegraphische Übermittelung zugelassen worden.

Gerade aus dieser Bestimmung und dem Umstande, dass in dem II. Entwurf der Passus bezgl. der ursprünglich auch für die gesetzliche Schriftform zugelassenen telegraphischen Übermittlung gestrichen ist, geht hervor, dass zur Wahrung der gesetzlichen Schriftform das Telegramm nicht ausreicht. Die Bestimmung im § 127

1) S. 185.

2) vgl. Prot. I S. 94 und 101.

charakterisiert sich als eine Ausnahmebestimmung zu der Vorschrift des § 126. Auch sonst finden sich in dem Gesetz nicht die geringsten Anhaltspunkte für das Genügen des Telegramms.

Ganz abgesehen hiervon aber würde man auch die Erklärung in der Aufgabeschrift, selbst wenn sie eigenhändig vollzogen wäre, nicht als eine solche dem Mitkontrahenten gegenüber, sondern nur als eine Erklärung dem Telegraphenamt gegenüber auffassen können, da das Schriftstück nicht für den Adressaten, sondern lediglich für das Telegraphenamt bestimmt ist.

Ist das Telegramm von dem Aufgebenden nicht einmal geschrieben oder unterschrieben, so kann von der im Gesetz verlangten „Eigenhändigkeit" garnicht die Rede sein.

Die andere Ansicht, die in erster Linie von Dernburg[1]) vertreten wird, ist deshalb zu verwerfen und mit Recht macht Loewe[2]) insbesondere noch darauf aufmerksam, dass dem Beweiszweck, den die Urkunde verfolgen soll, in keiner Weise durch das Telegramm gedient wäre, da dieses Fährlichkeiten aller Art, so Missverstehen, Irrtum im Lesen, fehlerhaftem Telegraphieren, fehlerhafter Wiedergabe seitens der Beamten und ähnlichem ausgesetzt sei.

Das Gesetz verlangt schliesslich noch Namensunterschrift der Urkunde. Die Unterschrift muss den Namen des Ausstellers darstellen.

Da die Firma eines Kaufmanns der Name ist, unter dem er im Handel sein Geschäft betreibt und die Unterschrift abgibt, (§ 17 HGB.) so genügt auch die Zeichnung der Firma.

---

1) I § 136 Anm. 22.
2) S. 45.

Regelmässig wird unter dem Namen der Familienname oder bei der Firma der Firmennamen zu verstehen sein. Unbedingt ist aber deren Zeichnung nicht gefordert. Voraussetzung wird jedoch immer sein, dass die Person des Ausstellers durch die Unterschrift genügend gekennzeichnet ist. Die Zeichnung mit dem vollen Familiennamen oder bei Ehefrauen die Hinzusetzung des Mädchennamens ist nicht nötig.

Unter gewissen Voraussetzungen würde auch der blosse Vorname [1]) ausreichen, so bei erlauchten Personen, die sich herkömmlich des Vornamens bedienen und auch bei Verwandten, wenn nur dadurch die Person des Ausstellers ausser Zweifel gestellt ist. Die Ansicht Dernburgs[2]), der die Urkunde dann nicht für vollzogen hält, wenn der Verwandte dem Vornamen den Familiennamen noch hinzuzufügen gedachte, dies aber absichtlich oder unabsichtlich unterliess, dürfte nicht zu begründen sein.

Die Zeichnung des Namens, sei er nun Vor- oder Zuname, wird nach dem strikten Wortlaut des Gesetzes aber stets zur Erfüllung der Form verlangt werden müssen, und die Unterschrift, die nur eine Eigenschaft bezeichnet, z. B. Dein Vater, wird ebensowenig genügen,[3]) wie die Unterzeichnung nur mit dem Titel des Ausstellers.[4]) Denn das Erfordernis der Namenszeichnung ist hierbei nicht erfüllt.

Nicht einzusehen ist es, warum, wie Staudinger,[5])

1) § 106 Ziffer 1 HGB. verlangt Zeichnung des Namens und Vornamens.

2) I § 136 S. 410.

3) a. M. Dernburg I § 136 S. 411.

4) vgl. Lehmann S. 48 insbesondere im Archiv für zivil. Praxis 100 S. 418ff.

5) zu 126 Nr. IV, 4a.

Lehmann[1]) ausführen, nicht auch bei Bischöfen die Unterschrift mit ihrem Vornamen unter Hinzusetzung des Titels genügen sollte, da diese doch auch üblicher Weise in dieser Form zeichnen.

Als Name im Sinne des Gesetzes reicht aber auch der Familienname in allen Fällen für die Unterschrift aus, und es ist irrig, wenn Lehmann[2]), der sich dabei auf Seufferts Archiv[3]) stützt, annimmt, dass die Unterzeichnung mit dem Familiennamen dann nicht allein gültig sei, wenn viele Träger des gleichen Namens in Betracht kommen. Das Gesetz verlangt nur Namenszeichnung, und überlässt es und muss es auch im übrigen der Gegenpartei überlassen, inwiefern sie sich noch weiter in Bezug auf das, was Klarheit anlangt, sichern will. Durch die Unterschrift des Namens des Ausstellers wird seine Person jedenfalls genügend bestimmt[4]).

Aus dem Obengesagten erhellt auch, dass sich Personen, wie Künstler, Schriftsteller, des von ihnen angenommenen Namens bedienen können. Schon aus Zweckmässigkeitsgründen dürfte dies zu bejahen sein. Wenn der Unterzeichner ein Pseudonym zu gebrauchen pflegt, so ist dies, wie man mit der herrschenden Meinung[5]) annehmen kann, eben der Name, unter dem man die betreffende Person kennt. Meistens ist sogar der Familienname der betreffenden Person der Allgemeinheit unbekannt. Massgebend ist das Bekanntsein des Pseudonyms

---

1) S. 70, Jahrb. d. Entsch. des Kammergerichts 31 Abt. A. S. 109ff.

2) S. 67.

3) Bd. 3 Nr. 394.

4) vgl. Staudinger a. a. O.

5) vgl. Staudinger I zu § 12 II, 2b, Dernburg I, S. 139; a. M. Lehmann S. 59ff.

in der Allgemeinheit und unter dieser Bedingung ist der Sicherheit des Verkehrs, die als bestimmend in Betracht kommen muss, Genüge geschehen.

Um deswillen würde aber auch die Unterschrift z. B. mit einem Spitznamen oder mit dem Klosternamen einer Ordensperson nicht für gültig anzusehen sein. Ebenso dürften willkürlich erwählte Namen als echte Unterschriften nicht anzuerkennen sein. Denn dadurch würde die Sicherheit des Verkehrs in Frage gestellt sein.[1]) Ob die Unterschrift leserlich ist, ist gleichgültig.[2]) Anderer Meinung ist Michels[3]) und Lehmann.[4]) Letzterer hält die Leserlichkeit, nicht aber die Deutlichkeit für erforderlich. Ebenso hält Dernburg[5]) unleserliche Unterschriften nur dann für genügend, wenn die Schriftzüge den Buchstaben des Namens nur annähernd entsprechen.[6]) Diese Unterscheidung[7]) dürfte aber praktisch kaum durchführbar sein, da es sich, wie Staudinger richtig bemerkt, hier nicht um absolute Begriffe handelt: was für den einen noch deutlich ist, kann der andere nicht entziffern. Wohl aber muss der Name ausgeschrieben sein, — Abkürzung ist nicht Namensunterschrift — und es muss die Möglichkeit bestehen, die

---

1) Anderer Meinung Gruchot, RG. Bd. 31 S. 904, wenn auch als Grund dagegen die Bestimmung des StGB. § 360 nicht anzuführen ist, da das strafrechtliche Verbot die Unterschrift nicht ungiltig machen kann.

2) Arnsberger Archiv Bd. 3 S. 557.

3) DJZ. 1903 S. 141 ff.

4) S. 83 ff.

5) I § 136 S. 411.

6) vgl. Pfirstinger Zeitschr. f. Notare in Bayern 1900 S. 21.

7) vgl. auch DJZ. 1903 S. 270 ff.

angewandten Zeichen überhaupt als Buchstabenschrift zu entziffern.

Geheimschrift und Stenographie dürfen wohl nicht für zulässig gehalten werden, da sie der Allgemeinheit nicht bekannt sind, auch leicht Zweifel darüber entstehen können, ob es sich nicht bloss um einen Entwurf handelt.[1])

Die Unterschrift mit solchen Zeichen wird man aber als Handzeichen ansehen können und dafür gerichtliche oder notarielle Beglaubigung fordern müssen.[2])

§ 9.

Die Erteilung der Bürgschaftserklärung.

Zur Erfüllung des Formerfordernisses im § 766 BGB. gehört ferner noch die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung gegenüber dem Gläubiger.

Die Bedeutung des Begriffes „Erteilung" ist nicht unzweifelhaft. Nach dem Wortbegriff dürfte der Formvorschrift bereits in dem Augenblick genüge getan sein, in dem die Bürgschaftsurkunde unterzeichnet ist, denn dann ist sie nach des Wortes Bedeutung abgegeben oder erteilt, und es dürfte danach eine Übergabe oder sonstige Übermittelung an den Bürgen überflüssig erscheinen. Zu dieser Annahme könnte man auch durch die Bestimmungen des § 416 CPO., die mit den im § 126 BGB. gegebenen Formvorschriften übereinstimmen, verleitet

---

1) A. M. ist Lehmann (Die Urkunde im Tatbestand der schriftlichen Willenserklärung Bonn 1904), der Stenogramm grundsätzlich zulässt, jedoch fordert, dass in dem Namen die Dehnungskonsonanten und Doppelvokale nicht weggelassen werden.

2) Dernburg § 136 S. 41.

werden, wonach Privaturkunden, sofern sie nur von den Ausstellern unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür erbringen, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Danach würden also die Erklärungen mit dem Moment der Unterzeichnung als abgegeben gelten. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu.

Die Bedeutung des Wortes „Erteilung" muss man in dem materiellen Recht festzustellen suchen. Die Zivilprozessordnung behandelt das formelle Recht und hat deshalb auch die Beantwortung der Frage, mit welchem Zeitpunkte eine Willenserklärung wirksam abgegeben ist nicht geben wollen. Sie hat lediglich den Umfang der Beweiskraft einer der vorgeschriebenen Form entsprechenden Urkunde festlegen wollen.

Die Bürgschaft kommt zustande durch einen Vertrag. Mithin ist die Bürgschaftserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d. h. eine solche, die erst wirksam wird durch ihre Abgabe einer anderen Person gegenüber. Daraus erhellt ohne weiteres, dass sie nicht schon dann rechtswirksam wird, wenn sie den Formvorschriften gemäss hergestellt ist, sondern es wird weiter erfordert, dass sie sich an einen Empfänger — den Gläubiger — richtet. Damit ist aber noch nicht der Zeitpunkt der Wirksamkeit klar gelegt.

Wann die Erklärung wirksam wird, darauf gibt das Gesetz im § 130 BGB. die Anwort, jedoch nur für Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber in dessen Abwesenheit abgegeben werden. Die Bestimmung setzt die Rechtswirksamkeit der Erklärung auf den Zeitpunkt, in dem sie dem Empfänger zugeht. Bevor sie ihm nicht zugegangen ist, ist sie nicht wirksam.

Das BGB. hat mit dieser Vorschrift den Streit, der in dem früheren Recht über die verschiedenen Zeitpunkte, die für den Eintritt der Wirksamkeit einer Willenserklärung in Frage kommen, nämlich dem Zeitpunkt, in dem der Willensentschluss äussere Gestalt gewinnt (Äusserungstheorie), dem Zeitpunkt, in dem die Willenserklärung abgesandt wird (Übermittelungstheorie), dem Zeitpunkt, in dem der Adressat tatsächlich Kenntnis von der ihm gesandten Willensäusserung nimmt (Vernehmungstheorie), und dem Zeitpunkt, in dem die Willensäusserung demjenigen zugeht, an den sie gerichtet ist (Empfangstheorie), zu Gunsten der letzteren entschieden.

Diese Theorie dürfte auch wohl am meisten den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht werden. Denn wenn auch, wie die Motive [1]) ausführen, die allgemeinen Grundsätze es nahe legen, eine gegenüber einem Abwesenden abgegebene ausdrückliche Willenserklärung erst dann wirken zu lassen, wenn der Abwesende von ihr Kenntnis erhalten hat, so spricht doch gegen diese Theorie der Umstand, dass dem Adressaten die Möglichkeit gegeben wird, das Wirksamwerden der ihm bereits zugegangenen Willenserklärung dadurch zu vereiteln, dass er die Kenntnisnahme von dem ihm zugesandten Schriftstück verweigert, um dadurch die Erklärung wirkungslos zu machen.

Ebensowenig können die Äusserungs- und Übermittelungstheorien befriedigen. Denn diese legen, wie die Motive [2]) zutreffend ausführen, das Gewicht allzusehr „auf die Willenserklärung als Rechtsakt des Erklärenden.“ Es würde den Anschauungen des Verkehrs und der

1) I S. 156 f.
2) I S. 157.

Gerechtigkeit nicht entsprechen, wollte man von dem Adressaten verlangen, dass er die Wirksamkeit einer Willenserklärung anerkenne, wenn ihm nicht einmal die Möglichkeit gegeben ist, von ihr Kenntnis zu nehmen. Eine solche Möglichkeit muss im Interesse der Rechtsicherheit vorhanden sein.

Die Bürgschaftserklärung muss dem Gläubiger zugehen.

Man kann nicht behaupten, dass der Ausdruck „zugehen" glücklich gewählt sei. Er ist, wie Endemann[1]) sagt, „farblos und bietet geringe Sicherheit". Anderseits dürfte es aber auch kaum möglich sein, einen bezeichnenderen Ausdruck zu finden. Die in anderen Gesetzen sich findenden Bezeichnungen wie: „anlangen, eintreffen" u. s. w., auch der Ausdruck im Entwurf „zukommen," der meist für die Empfangstheorie gebraucht wurde, treffen den Kern der Sache nicht besser.

Wann gilt nun die Erklärung als zugegangen? Man wird sagen können: in dem Zeitpunkt, in dem dem Adressaten die Möglichkeit gegeben ist, unter gewöhnlichen Verhältnissen von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, oder, wie das RG.[2]) definiert, dann, wenn die Erklärung in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten oder eines anderen gelangt ist, der ihn bei der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte,[3]) oder wie Staudinger[4]) sagt, dann, wenn die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch den Adressaten empirisch begründet ist, wobei er empirisch begründet die Möglichkeit nennt, bei welcher von zu-

1) Bd. I S. 311 Anm. 16.
2) 58, 406.
3) vgl. auch RG. 50 S. 191, 56 S. 262, 60 S. 334.
4) zu 130 Nr. 3.

fälligen Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen und der der Lebenserfahrung entsprechende Verlauf der Dinge als tatsächlich bestehend angenommen wird.[1])

Vorausgesetzt werden muss, dass die Willenserklärung dem Adressaten mit dem Willen des Erklärenden zugegangen ist. Hätte z. B. der Erklärende die fertiggestelle Bürgschaftsurkunde zu Hause liegen gelassen, um sie sich nochmals zu überlegen, und hätte sie dann ein Unberufener dem Adressaten zugestellt, so würde sie dadurch nicht rechtswirksam. Der Erklärende hätte sie wieder vernichten können, ebenso wie er sie vorher oder gleichzeitig mit dem Zugehen der Erklärung widerrufen kann.[2])

Massgebend für den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Willenserklärung ist es nicht, dass der Adressat die Erklärung in seinen Besitz bekommt, wie Titze[3]) annimmt. Seiner Meinung nach stellt der Besitz das Mindesterfordernis für das Zugehen dar, wenn auch das Zugehen nicht gerade identisch mit dem Besitz sei. Das ist unrichtig.[4]) Ausschlaggebend ist lediglich die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung. Diese kann auch dann vorhanden sein, wenn der Adressat noch nicht in dem Besitz der Erklärung ist. So ist z. B. eine Willenserklärung, die in das für den Adressaten bestimmte Postfach gelegt ist, dann als zugegangen anzusehen, wenn die Zeit der Abholung nach den Regeln

1) vgl. hierzu auch Oertmann, „Zugehen und Vernehmen" im Recht 06 S. 721 ff. und Hölder, der Zugang der Willenserklärung. DJZ. 1901 S. 340 ff.

2) § 130 Satz 2 BGB.

3) Jherings Jahrb. 47 S. 379 ff.

4) Hölder, zur Theorie der Willenserklärung in der Leipziger Festgabe für Degenkolb S. 91 ff.

eines ordnungsgemässen Geschäftsbetriebes eingetreten ist.[1]) Andernfalls würde der Adressat das Zugehen durch Nichtabholen von der Post verhindern können.

Wäre dagegen die Sendung in ein anderes Postfach gekommen, so würde der Adressat nicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben.[2])

Unrichtig ist es mithin auch, wenn Titze ein Zugehen der Erklärung dann nicht annimmt, wenn der Adressat dem Überbringer das Schriftstück zunächst aus der Hand nimmt, es ihm aber sofort, nachdem er an dem Umschlag den Absender festgestellt hat, uneröffnet zurückgibt; man würde vielleicht sagen können, dass der Adressat nicht Besitzer geworden wäre, jedenfalls hat er aber die Möglichkeit der Kenntnisnahme gehabt. Eigenwillig verschliessen darf er sich ihr nicht.[3])

Die Frage, wann empfangsbedürftige Willenserklärungen unter Anwesenden wirksam werden, hat das BGB. nicht geregelt und zwar absichtlich nicht. Ein dahin gehender Antrag, den im § 74 Abs. 1 des Entwurfs für die Willenserklärungen unter Abwesenden aufgestellten Grundsatz auch auf Willenserklärungen unter Anwesenden zu erstrecken, ist von der Kommission deshalb abgelehnt, weil die Entscheidung der Frage, in welchem Zeitpunkt eine unter Anwesenden abgegebene Willenserklärung wirksam wäre, sich in der Regel aus der Natur der Sache ergebe. Eine Lösung der Zweifel, zu welchen einzelne besonders geartete Fälle Anlass bieten

1) vgl. Rathenau in DJZ. 1902 S. 187, Dernburg I § 132 Anm. 9.

2) vgl. Oertmann S. 404.

3) vgl. dazu Hölder a. a. O. S. 96 und Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 44.

könnten, lasse sich generell nicht erreichen und liege ausserhalb der Aufgaben der Gesetzgebung.[1])

Da eine besondere Regelung nicht stattgefunden hat, so sind denn auch die Ansichten über die Voraussetzungen der Wirksamkeit dieser Willenserklärungen geteilt.

Der Streit dreht sich hauptsächlich darum, ob es für die Wirksamkeit der Willenserklärungen unter Anwesenden notwendig ist, dass der Gegenkontrahent sie vernommen bezw. von ihnen Kenntnis genommen hat, oder ob es genügt, dass ihm die Willenserklärung zugegangen ist.

Den ersteren strengeren Standpunkt vertreten insbesondere Planck[2]), Enneccerus[3]), Rehbein[4]), Crome[5]), während andere und auch die Praxis eine analoge Anwendung des § 130 BGB. für ausreichend halten.

Endemann[6]) nimmt gewissermassen einen vermittelnden Standpunkt ein. Nach seiner Ansicht ist die Vernehmung „nicht schlechthin“ notwendig.

Planck sagt allerdings,[7]) dass es sich nach § 130 BGB.ff. bestimmt, wann eine empfangbedürftige, die schriftliche Form erfordernde Willenserklärung als abgegeben gilt. Offenbar bezieht sich diese Bemerkung aber nur auf die unter Abwesenden abzugebende Willenserklärung.

---

1) Prot. I S. 68ff.
2) zu § 130 Nr. 2.
3) I § 73.
4) S. 122.
5) I S. 392 Nr. 2.
6) I S. 314 Anm. 27.
7) zu 126 Nr. 1.

Planck, Enneccerus u. s. w. stützten ihre Meinung darauf, dass es im Gesetz heisse: die Willenserklärung sei einer bestimmten Person gegenüber abzugeben. Hieraus sei zu folgern, dass die Erklärung von der betreffenden Person vernommen bezw. die schriftliche Erklärung gelesen sei. Der Gedanke, der bei einer Willenserklärung unter Abwesenden das Zugehen derselben für genügend erachtet, erfordere nicht, eine entsprechende Vorschrift auch für die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Erklärung zu treffen. Denn bei der einem Anwesenden abgegebenen Erklärung sei der andere Teil in der Lage, sich davon zu überzeugen, ob die Erklärung vernommen bezw. gelesen werde oder nicht. Das Verkehrbedürfnis erfordere also hier nicht, das Zugehen für genügend zu erklären.

Allerdings macht insbesondere Planck insoweit ein Zugeständnis, dass er dem wirklichen Vernehmen der Erklärung den Fall gleich stellt, dass der andere die Erklärung vernehmen konnte, aber deshalb nicht vernahm, weil er sie nicht vernehmen wollte, und er gibt ferner zu, dass, wenn das die Erklärung enthaltende Schriftstück dem anderen Teil nicht nur vorgehalten, sondern belassen ist, das Verhältnis ebenso liegt, wie wenn ihm das Schriftstück zugegangen wäre. Er hält also die Übergabe des, z. B. eine Bürgschaftserklärung enthaltenden Schriftstücks, für ausreichend und muss dann auch zugeben, dass darin ein dem Zugehen einer Willenserklärung unter Abwesenden durchaus analoges Verhältnis vorliegt.

Die Frage, wann empfangsbedürftige mündliche Erklärungen unter Anwesenden wirksam werden, steht bei dem Erfordernis der Schriftlichkeit für die Verbürgung nicht zur Erörterung. Es sei aber bemerkt,

dass hierbei ein Vernehmen für das Wirksamwerden der Erklärung notwendig, eine analoge Anwendung des § 130 mithin nicht möglich ist, da, wie Oertmann[1]) zutreffend bemerkt, „ein vom Vernehmen verschiedenes Zugehen logisch undenkbar ist".

Was aber die schriftliche Erklärung unter Anwesenden anlangt, so kann es unserer Meinung nach keinem Bedenken unterliegen, dass es für die Wirksamkeit der schriftlichen Erklärungen genügt, wenn die Urkunde dem anderen Teil übergeben wird, und dass es dabei ganz gleichgültig ist, ob der Empfänger davon Kenntnis nimmt oder ob er dazu überhaupt imstande ist, weil er z. B. nicht lesen kann[2]). Genug: mit der Übergabe erlangt der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück. Wollte man anderes annehmen, so würde dadurch eine Unsicherheit in dem Rechtsleben eintreten, deren Folgen gar nicht zu übersehen wären. Der ungetreue Kontrahent würde z. B. dem anderen Teil unüberbrückbare Beweisschwierigkeiten in den Weg legen können.

Vorausgesetzt ist, dass die Urkunde auch von dem Empfänger angenommen wird, da andernfalls ein Vertrag, wie er für die Bürgschaft erforderlich, nicht zustande käme[3]).

Hat er sie aber angenommen, so kann sie der Bürge, selbst wenn der Gläubiger sie nicht gelesen hätte, nicht mehr zurückziehen.

Die Bestimmung des § 130 BGB. ist danach auch

---

1) vgl. zu § 130 Z. 4aβ.

2) vgl. Oertmann l. c. S. 726 u. § 130 Nr. 4aα auch Isay, die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts S. 93, RG. J. W. 1905 S. 488, Com. RG. § 130 Nr. 3, RG. 61 S. 415.

3) vgl. Rg. 61 S. 416.

für schriftliche Erklärungen unter Anwesenden entsprechend anzuwenden. Die Bürgschaftserklärung ist also dann „erteilt", wenn der Bürge sie dem Gläubiger zugehen lässt.

Wie wir bereits oben gesehen, genügt es aber auch, wenn die Urkunde dem Schuldner zwecks Mitteilung an den Gläubiger ausgehändigt wird und der Schuldner die Erteilung vornimmt[1]), ebenso wie eine Bezugnahme auf eine schon in den Händen des Gläubigers befindliche, vom Bürgen ausgestellte Urkunde ausreicht. Dagegen würde eine Bezugnahme auf eine frühere Urkunde, die zum Zweck der Übernahme einer anderen und bereits erledigten Bürgschaft ausgestellt und gegeben war, nicht genügen[2]).

Normalerweise werden bei Erklärungen unter Anwesenden Abgabe, Zugehen und Kenntnisnahme zusammenfallen.

Entsprechende Anwendung finden die §§ 131, 132 BGB.

§ 10.

Die Aufhebung des Bürgschaftsvertrages.

Unter Aufhebung des Bürgschaftsvertrages ist hier das Übereinkommen des Bürgens und des Gläubigers zu verstehen, das dahin geht, dass der Gläubiger nunmehr aus dem Vertrag kein Recht gegen den Bürgen herleiten soll.

Vorausgesetzt ist dabei, dass die Bürgschaft zwar übernommen, ein Anspruch aber gegen den Bürgen noch nicht geltend gemacht werden kann, z. B. der

1) RG. 62 S. 382.
2) RG. 59, 42.

Gläubiger zunächst im Wege der Vorausklage gegen den Schuldner vorgehen muss. Der Aufhebungsvertrag richtet sich daher unmittelbar gegen das Bestehen des Schuldgrundes und unterscheidet sich dadurch von dem Erlassvertrag, der sich ohne Rücksicht auf den Schuldgrund gegen das Bestehen der Schuld überhaupt wendet[1]).

Das Erlöschen des Bürgschaftsvertrages durch Untergang der Hauptschuld kommt hier nicht in Betracht, da dann der Vertrag ipso jure als aufgehoben gilt. Ebensowenig hat der Aufhebungsvertrag mit den obenerwähnten Nebenabreden etwas zu tun.

Es fragt sich nun, ob ein derartiger Aufhebungsvertrag der Form, die für die Errichtung des Bürgschaftsvertrags vorgeschrieben ist, unterliegt.

Das römische Recht ging ursprünglich davon aus, dass die Rechte in der gleichen Form aufzuheben seien, in der sie begründet wurden[2]). Erst im Laufe der Entwickelung wurde dies Erfordernis beseitigt, und man ging sogar soweit, dass man bei Verzicht meist keinen Vertrag mit dem Schuldner, sondern nur eine einseitige Erklärung — ausdrückliche oder stillschweigende — des Verzichtenden verlangte, also weitgehender wie das BGB. das nach § 397 für den Erlass einen Vertrag des Gläubigers mit dem Schuldner fordert.

Auch das ALR.[3]) forderte für aufhebende Verträge, die noch von keiner Seite erfüllt, bei gerichtlich geschlossenen Verträgen Aufhebung in gerichtlicher Form, bei Aufhebung eines schriftlich geschlossenen, zum Teil schon erfüllten Vertrages die schriftliche Form, wenn

---

1) vgl. auch Com. RG. zu 397 Nr. 1.
2) 1. 1. D, 41, 7,
3) I 5 § 385ff. und S. BGB. §§ 1000, 106.

diese auch für den Abschluss des Vertrages vorgeschrieben war, für Aufhebung eines von den Parteien erfüllten Vertrages einen neuen Vertrag in der vom Gesetz erforderten Form. Auch für den Erlass war nach dem ALR. Schriftform bei einem Gegenstand über 50 Thlr. nötig.

Das BGB. kennt keine allgemeine Vorschrift über die Form, in der die formell vollzogenen Geschäfte aufzuheben sind. Es gibt aber eine Reihe von Spezialbestimmungen, besonders im Grundbuchrecht, nach denen zur Aufhebung und Änderung der Rechte dieselbe Form erfordert wird, wie sie für die Errichtung nötig ist[1]).

Gerade aus dem Umstande, dass im BGB. für die Aufhebung der an eine Form gebundenen Rechtsgeschäfte verschiedene Sondervorschriften erlassen sind, dass ferner eine allgemeine Vorschrift über die Aufhebung dieser Geschäfte fehlt, wird man schliessen können, dass für die Aufhebung von formellen Rechtsgeschäften die für ihre Errichtung geforderte Form regelmässig nicht nötig ist.

Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aber auch ohne weiteres aus dem von dem BGB. verfolgten Grundsatz der Formfreiheit.

Zudem fallen die Gründe, die speziell für die Bürgschaftserklärung die Form erheischen, für die Aufhebung des Bürgschaftsvertrages fort.

Es genügt mithin die mündliche Vereinbarung, dass der Vertrag aufgehoben sein soll.

---

1) vgl. u. A. §§ 873, 875, 877, 1017, 1168 Satz 2 BGB., ferner Aufhebung des Ehevertrages, §§ 1432, 1434, Aufhebung des durch die Annahme an Kindesstatt begründeten Rechtsverhältnisses, § 1770, Aufhebung des Erbvertrags, § 2290.

Eine Kassation der Vertragsurkunde, wie dies nach ALR. vorgeschrieben war, ist danach ebenfalls nicht erforderlich, wenn auch regelmässig mit der Aufhebung des Vertrages die Vernichtung des Vertragsinstrumentes Hand in Hand gehen wird.

Was den Erlassvertrag anlangt, so kann es ebenfalls keinem Zweifel unterliegen, dass dieser mangels einer besonderen Bestimmung — soweit es sich nicht um den Erlass eines dinglichen Rechtes handelt — im Gegensatz zu der römischen acceptilatio einer Form nicht bedarf. Auch aus der abstrakten Natur des Erlassvertrages ist das Bedürfnis einer Form für ihn nicht zu folgern[1]) und auch für den Fall, dass er sich als eine Schenkung darstellt, ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht nötig, weil ein solcher Erlass sich zugleich als die Bewirkung der schenkungsweise zugewendeten Leistung darstellen und der Mangel der Form dadurch geheilt würde. § 518 Abs. 2[2]).

§ 11.

Das Anwendungsgebiet der für die Verbürgung vorgeschriebenen Form.

Die Vorschrift des § 766 findet keine Anwendung auf eine Reihe von Rechtsverhältnissen, die mit der Bürgschaft verwandt sind.

Insbesondere kommen in Betracht:

I. Die kumulative Schuldübernahme,

II. Der Kreditauftrag,

III. Der Garantievertrag.

1) vgl. § 78 1 GB.

2) RG. 53 S. 294, J. W. 1903 Beil. S. 42.

Die Abgrenzung dieser Rechtsverhältnisse von der Bürgschaft ist oft nicht leicht.

I. Was zunächst die kumultative Schuldübernahme anlangt, so ist darüber folgendes zu sagen.

Die kumulative (bestärkende) Schuldübernahme d. h. die Schuldübernahme, bei der ein neuer Schuldner neben einen bereits vorhandenen Schuldner treten soll, ist von dem BGB. nicht besonders behandelt worden. Nichtsdestoweniger ist sie praktisch von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ihre Zulassung folgt einmal daraus, dass sie der Gesetzgeber für mehrere Fälle angeordnet hat[1]), dann aber auch aus der den Parteien grundsätzlich zustehenden Dispositionsfreiheit und aus der Anerkennung von Verträgen auf Leistung an dritte, zu denen sie in der Regel zu zählen sein wird.[2])

Auch bei der Bürgschaft tritt neben den alten Schuldner ein neuer. Es wäre aber unrichtig, die Bürgschaft unter den Begriff der kumulativen Schuldübernahme zu stellen. Denn der Schuldübernehmer tritt in die alte Schuld ein, diese fortsetzend (privativ) oder verstärkend (kumulativ), während der Bürge ein neues Versprechen mit selbständiger causa abgibt.[3])

Die Frage, ob die kumulativen Schuldübernahme schriftlich sein müsse, ist bestritten.

Schriftlichkeit wird von denen verlangt, die die kumulative Schuldübernahme mit der Bürgschaft gleichstellen und deshalb eine direkte Anwendung des § 766

1) vgl. §§ 419, 556 3, 2382 2, 2385 BGB.; ferner §§ 28, 130 HGB., Rspr. Bd. 13 S. 184.

2) Oertmann, Vorbem. zu § 414 Z. 2 u. die dort cit.; Reichel, die Schuldmitübernahme 1909 S. 10 ff., S. 93 ff., 127 ff.

3) Oertmann Z. 5 l. c., Reichel S. 23, 82 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 314; Siber, Rechtszwang S. 237 ff.

fordern oder ihr einen bürgschaftsähnlichen Charakter beilegen und deshalb eine analoge Anwendung des § 766 für nötig halten.

Zu diesen gehören Planck 2a zu § 414 (etwas abweichend Vorbem. III 7 vor § 765), Kohler, Lehrbuch des bürgerl. R. II 1906 S. 151, 424, und die noch bei Oertmann Vorbem. Nr. 6 zu § 414 S. 332 oben cit., ferner aus der Praxis: OLG. Braunschweig Seuff. 59 Nr. 224 S. 398 (allerdings nicht bedenkenfrei), OLG. Rostock und München Rspr. Bd. 6 S. 449, Bd. 9 S. 284; OLG. Karlsruhe, Recht 1904 S. 45; OLG. Bamberg, Bay. Z. f. R. 1906 S. 46; OLG. Kolmar DJZ. 1906 S. 828 u. A. vgl. Oertmann, Vorbem. zu § 414 Nr. 6 S. 331. Auch hat das RG. in seiner Entscheidung Bd. 51, S. 120 ff. diesen Standpunkt vertreten, indem es davon ausgeht, dass die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft geführt hätten, auch für die kumulative Schuldübernahme völlig zuträfen, anderenfalls der Umgehung der Vorschrift des § 766 Tür und Tor geöffnet wäre. In seiner Entscheidung Bd. 59 S. 232 hat das Rg. seine Ansicht dahin geändert, dass es eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogenannte kumulative Schuldübernahme insofern als denkbar annimmt, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 431 BGB. hinzutreten könne, dass aber der Regel nach und im Zweifel die sog. kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft sei.

Die überwiegende Mehrheit jedoch in Theorie und Praxis, auch das Rg. in seinen neuesten Entscheidungen, haben sich gegen den Formzwang ausgesprochen;

so: Dernburg § 155 Anm. 4, § 285 Anm. 12, Cosack I § 159 II, Oertmann, Vorbem. 6 zu § 414 S. 332, Staub, DJZ. 1903 S. 19, Schollmeyer S. 171 Anm. 2; Josef, DJZ. 1903 S. 422, Birkenbihl, Recht 1903 S. 286 ff.; besonders Reichel, die Schuldübernahme Bd. 19 in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess, München 1909, derselbe, formstrenge Bürgschaft und formfreie Schuldübernahme Bay. Z. f. R. 1910 S. 125 ff. und die von Oertmann l. c. und Staudinger zu § 766 Nr. 4a noch cit. Spezialliteratur; ferner aus der Praxis: OLG. Celle Rspr. 4, 53, OLG. Köln, Rspr. 8, 84; die im Recht 1903 S. 287 angeführten Urteile des OLG. Frankfurt; des Rg. in seinen Entscheidungen Gruchot 50 S. 947, Rg. 64 S. 318, Seuff. Bd. 72 S. 941; Recht 1907 Nr. 446 und 697; desgl. 1908 Nr. 956; Seuff. 63 S. 330; Gruchot 53 S. 416 ff.; Recht 1909 Nr. 670 und 2097.

Der herrschenden Meinung dürfte aus folgenden Gründen beizustimmen sein.

Zunächst unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme wesentlich von der Bürgschaft[1]), wenn auch ein Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft vorhanden ist.

1. Der Mitübernehmer schuldet die gleiche Leistung wie der alte Schuldner, der Bürge nicht. Der Mitübernehmer ist daher Gesamtschuldner des alten Schuldners, der Bürge nicht. Vgl. §§ 767, 425 BGB.

1) vgl. Westerkamp, Bürgschaft u. Schuldbeitritt 1908 S. 45 ff.; Brattig, die kum. Schuldüb. u. ihr Verhältnis zur Bürgschaft 1907; Reichel, die Schuldmitübernahme S. 23, 69—89 u. die bei Oertmann Vorbem. zu § 414 unter Z. 2 Abs. 4 u. Z. 5 noch cit.

2. Der Bürge schuldet mit selbständiger causa, nicht aus dem Grunde der Hauptschuld; der Mitübernehmer schuldet aus dem gleichen Schuldgrunde wie der Urschuldner selbst vgl. Rg. 67 S. 128 ff.

3. Der Bürge haftet accessorisch, die Schuld des Mitübernehmers ist das nicht, wenn sie auch unabhängig von der Urschuld ist.

Lässt sich also die kum. Schuldübernahme mit der Bürgschaft nicht indentifizieren, so ist auch eine direkte Anwendung der Formvorschrift des § 766 auf sie ausgeschlossen.

Aber auch eine analoge Anwendung des § 766 ist nicht zulässig.

Wie wir gesehen haben, hat das BGB. den Grundsatz der Formfreiheit aufgestellt. Formvorschriften sind nur als Ausnahmebestimmungen zugelassen. Würde der Gesetzgeber eine Formvorschrift für die kum. Schuldübernahme für erforderlich erachtet haben, so hätte er das besonders zum Ausdruck bringen müssen. Er hat dies aber in den verschiedenen Fällen, in denen er die kum. Schuldübernahme zugelassen hat, nicht getan. Um deswillen darf es auch nicht gestattet sein, die Vorschrift des § 766 im Wege der Analogie auf die kum. Sch. anzuwenden. Der Grund, dass diese den gleichen wirtschaftlichen Zweck wie die Bürgschaft verfolgt, kann dem gegenüber nicht durchschlagend sein.

Überzeugend sind ferner die Gründe, die Oertmann Vorbem. § 414 S. 332 gegen den Formzwang für die kum. Sch. ins Feld führt. Nach seiner zutreffenden Ansicht wäre es bei der Zulassung einer entsprechenden Anwendung des § 766 für die kum. Schuld nicht einzusehen, warum dann nur die kum. und nicht auch die noch weitergehende befreiende Sch. unter den

Formzwang fallen solle, von der das doch noch niemand zu behaupten gewagt habe. Die Gründe des Rg. — so führt er weiter aus, — das dagegen sagt, es handle sich bei der privativen Sch. um Leistung gegen Gegenleistung, indem durch die Genehmigung der Übernahme der alte Schuldern haftfrei würde, seien deshalb nicht stichhaltig, weil die Befreiung des alten Schuldners keine Gegenleistung sei, so dass der Gläubiger sie zu bewirken verpflichtet wäre, sondern ein zur Vollwirkung erforderlicher Teil des einheitlichen Übernahmegeschäfts selbst.[1])

Beachtenswerte Gründe, die sich gegen die analoge Anwendbarkeit des § 766 richten, sind auch von Silbermann[2]) und Reichel[3]) vorgebracht. Für sie fällt besonders ins Gewicht, dass bei der Sch. der Versprechende die Folgen des Aktes leichter übersehen könne, weil er in aller Form Schuldner werden solle, während der Bürge häufig glaube, dass er wegen seiner nur accessorischen Beteiligung nicht in Anspruch genommen werde. Die Motive also, die bei der Verbürgung für die geforderte Schriftlichkeit massgebend waren, sind bei der Sch. bei weitem nicht in solchem Umfange vorhanden.

Nach dem Gesagten kann es wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, dass für die kum. Sch. Schriftlichkeit nicht erforderlich ist.

Für den Richter wird es aber oft schwierig sein, festzustellen, ob die Parteien eine kum. Sch. oder eine Bürgschaft gewollt haben.

1) vgl. auch Enneccerus 4/5 Aufl. I 2 § 308d Anm. 12; Rg. Gruchot 50 S. 946; JW. 1908 S. 31.

2) Seuff. Bl. 68 S. 365 ff. u. 74 S. 46 ff.

3) l. c. S. 210.

Als Unterscheidungsmittel dafür, dass eine Sch. gewollt ist, ist jetzt sowohl von der Theorie als von der Praxis das „eigene Interesse“ des Schuldübernehmers an dem Schuldverhältnisse, in das er eintritt, in den Vordergrund gerückt worden.[1]) Allerdings wird ein solches Interesse auch bei dem Bürgen regelmässig vorhanden sein, und deshalb, so sagt das Rg. JW. 09 S. 459 zutreffend, muss ein „sachliches unmittelbares Interesse“ an der Leistung des Gläubigers vorliegen und zwar in solchem Masse, dass angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. Der Schuldübernehmer muss beabsichtigt haben, eine eigene selbständige Verbindlichkeit zu übernehmen, deren Fortbestehen von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll, nicht aber für eine fremde Schuld aufzukommen.

Um auf eine solche Absicht schliessen zu können, müssen jedoch besondere Umstände vorliegen, die klar erkennen lassen, dass der Mitübernehmer ein eigenes Interesse an der Leistung des Gläubigers und an dem Vertrage, aus dem die Hauptschuld hervorgegangen ist, hat, z. B., dass ihm die Vorteile aus dem Hauptvertrage ganz oder teilweise wirtschaftlich zu gute kommen.

Fehlt das eigene Interesse, so wird man Bürgschaft

1) vgl. Reichel a. a. O. S. 251 ff., 274 ff., 285/325; Salinger a. a. O.; Staudinger, Vorbem. 3 zu § 414; Oertmann § 414 Z. 6 a; Westerkamp, Bürgsch. u. Schuldbeitritt 1908; Wolf, Diss. Würzburg 1908; Rg. 60, S. 263; 64 S. 318 ff., 67 S. 128 ff., 71 S. 117 ff.; Bl. f. Ra. 70 S. 448; Rg. Sächs. Arch. f. Rechtspf. Bd. 3 S. 140: Rg. Recht 08, 2320, JW. 1909 S. 459; Wienstein Arch. BR. 31, 14.

annehmen und Schriftlichkeit fordern müssen. Denn dann hat der Übernehmer die Schuld nicht als eigene, sondern als fremde übernommen.

Auch wenn eine „materielle Schuldinteressengemeinschaft" vorliegt, wird man im Zweifel ebenfalls einen formlosen Schuldbeitritt als gewollt annehmen müssen (vgl. Oertmann, Reichel a. a. O.), denn auch hierbei ist ein eigenes Interesse bei dem Schuldübernehmer vorhanden.

Als Unterscheidungsmerkmal zwischen Bürgschaft und kum. Sch. darf auch, wie Wolf a. a. O. S. 91 zutreffend ausführt, einerseits die Hoffnung des Dritten, aus dem Vertrage nicht in Anspruch genommen zu werden, andererseits sein Bewusstsein, bestimmt zahlen zu müssen, angesehen werden. Konnte der Dritte beim Vertragsschluss hoffen, aus dem Vertrage nicht haftbar gemacht zu werden, so liegt im Zweifel Bürgschaft vor, da er sich dann für eine fremde Verbindlichkeit verpflichten wollte; wusste er dagegen beim Vertragsschluss bereits, dass er zahlen muss, so liegt im Zweifel kum. Sch. vor, da er dann von vornherein das Bewusstsein hatte, eine eigene Verbindlichkeit einzugehen, für die er selbst einzutreten hat.

Da häufig ein äusserlich als kum. Sch. auftretendes Rechtsgeschäft in Wirklichkeit nichts anderes als eine Bürgschaft ist,[1]) so muss man schon aus diesem Grunde von dem Gläubiger verlangen, dass er die besonderen Umstände darlegt, die ein eigenes Interesse des Dritten

---

1) Rg. 59 S. 232 ff.; Urt. Bay. OLG. 8/503, Sammlung n. F. Bd. 4 S. 330 ff.; Rg. 60 S. 263; 64 S. 318 ff.; 68 S. 126; 71 S. 117 ff.; Rg. Gruchot 50 S. 946 ff.; Rg. Bl. f. Ra. 72 S. 941; Rg. JW. 1908 S. 31 ff., 137, 676 ff. u. a.

begründen, damit aus ihnen der Wille des Dritten, eine selbständige Verpflichtung zu übernehmen, festgestellt werden kann.

Sind solche besondere Umstände nicht vorhanden, so ist im Zweifel Bürgschaft anzunehmen.

Ob das Erfordernis der Schriftlichkeit für die kum. Sch. etwa aus §§ 780, 781 oder 518 BGB. herzuleiten ist, ist eine Frage, die hier nicht interessiert. Sie dürfte aber auch mit der herrschenden Meinung zu verneinen sein, da der Schuldübernehmer in die causa des Urvertrags eintritt, während das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (780, 781) von dem Schuldgrunde losgelöst ist. Als ein Schenkungsversprechen (518) kann aber die kum. Sch. noch viel weniger in Betracht kommen.

II. Die Formvorschrift des § 766 ist ferner nicht auszudehnen auf den Kreditauftrag, der darin besteht, dass jemand einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren. In diesem Fall soll der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die aus der Kreditgewährung hervorgehenden Verpflichtungen des Dritten gleich dem Bürgen haften (§ 778).

Den Römern als mandatum qualificatum[1]) bekannt, unterlag der Kreditauftrag im allgemeinen den Grundsätzen des Mandats. Er war daher verschieden von der wahren Bürgschaft und wurde von dem römischen Recht besonders behandelt, gleichwie ihm auch u. a. das Preuss. LR. (§§ 213 ff.) und des Sächs. GB. (§§ 1476 ff.) eine besondere Behandlung zukommen liess. Diese fassten ihn als ein aus Bestandteilen des

1) l. 6 § 4 D. mandati 17, 1; l. 12 § 14 eodem.

Auftrags und der Bürgschaft zusammengesetzes Geschäft auf.

Den neueren Kodifikationen folgend, hat das BGB. ebenfalls über den K. besondere Rechtsnormen aufgestellt.

Während aber der erste Entwurf bestimmte, dass auf das nach Annahme des Auftrags aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis die Vorschriften über die Bürgschaft anwendbar sein sollten, hat der zweite Entwurf wieder das sog. „gemischte System" angenommen.[1])

Die Frage, ob der K. einer Form unterliegt, ist bestritten.

Zu verkennen ist nicht, dass er, wie schon das römische Recht[2]) hervorhebt, eine grosse Ähnlichkeit mit der Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit (§ 765 2 BGB.) aufweist und auch ähnliche wirtschaftliche Zwecke wie die Verbürgung verfolgt. Das Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit ist beiden gemeinsam.

Es kann deshalb fraglich sein, ob nicht die Gründe, die für die Bürgschaft die Beobachtung einer Form ratsam erscheinen liessen, auch für den K. massgebend sein müssen.

Für die Untersuchung der Frage, ob für den K. die Formvorschrift des § 766 anzuwenden sei, wird es darauf ankommen, zu prüfen, ob für den K. die allgemeinen Vorschriften über den formlosen Auftrag zu gelten haben, oder ob etwa aus der im § 778 ausgesprochenen Bürgschaftshaftung des Auftraggebers der Schluss zu ziehen ist, dass der Gesetzgeber auch allgemein die Vorschriften über die Bürgschaft auf den

1) Prot. II S. 486.

2) l. 32 Dig. 17, 1; Arndts Pand. § 353 Anm. 3 und die dort cit.

K. angewandt wissen wollte. Im letzteren Fall müsste dann auch die Vorschrift des § 766 auf den K. Anwendung finden.

Wenn man nun auch dadurch, dass das BGB. dem K. die Stellung in dem gleichen Titel anweist, in dem es die Bürgschaft behandelt, zu der Annahme verleitet werden könnte, dass der Gesetzgeber damit sagen wollte, dass auch für den K. allgemein die Vorschriften über die Bürgschaft Platz greifen sollen, so ist diese Meinung doch irrig und zwar schon deshalb, weil aus dem klaren Wortlaut des § 778: „Wer einen Anderen beauftragt . . .“ einwandsfrei zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber in dem K. zunächst d. h. solange der K. noch nicht ausgeführt ist, einen Auftrag erblickt[1]). Ist dies aber der Fall, so ist der Unterschied zwischen K. und Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit doch zu gross, als dass eine Identifizierung beider und somit die Anwendung der Formvorschrift des § 766 auf den K. in Frage kommen könnte.

Der Hauptunterschied zwischen beiden besteht darin, dass der Auftraggeber den Auftrag beliebig widerrufen kann. Der Auftrag erlischt im Zweifel, wenn der Auftraggeber den Auftrag vor der Ausführung kündigt, wenn der Beauftragte stirbt u. s. w. Der Auftraggeber

---

1) Dagegen Förster, Kreditauftrag 1903 S. 117ff., der den K. dem Garantievertrag gleichstellt, indem er unrichtigerweise annimmt, dass das Wort „Auftrag“ nur den tatsächlichen Hergang, nicht die Rechtsnatur des Geschäfts bezeichne, zutreffend aber der Ansicht ist, dass das Wort „Bürge“ nicht auf ein technisches Bürgschaftsverhältnis hinweise; ferner dagegen Eccius bei Gruchot 46 S. 55ff., Lippmann, Iherings Jahrb. 48, S. 315ff. vgl. auch Goldmann-Lilienthal S. 813 Anm. 14, Fischer-Henle Not. 1 zu § 778, Lobes, DJZ. 1903 S. 173.

wird ferner in den meisten Fällen nach dem Vertragsinhalt ein Recht darauf erlangen[1]), dass der Beauftragte dem Dritten wirklich Kredit gewährt, während dem Bürgen ein selbständiges Recht gegen den Gläubiger nicht zusteht. Auch besteht die Pflicht zur Erstattung von Aufwendungen, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags für erforderlich halten durfte.

Ist die Kreditgewährung erfolgt, so liegen dem Auftraggeber die Pflichten des Bürgen ob. Streitig ist, ob er auch dessen Rechte hat, ob insbesondere, sofern er den Gläubiger befriedigt, auch dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn übergeht (774). Mit Recht wird dies von den meisten bejaht[2]), da andernfalls der Auftraggeber strenger haften würde, als der Bürge, was nach dem Wortlaut des Gesetzes doch wohl nicht anzunehmen ist. Bejahendenfalls würde man aber daraus doch nicht schliessen können, dass deshalb Bürgschaft anzunehmen sei. Denn nur dem Kreditnehmer gegenüber erhält der Auftraggeber die Rechte des Bürgen, dem Kreditgeber gegenüber behält er die Stellung und Rechte als Auftraggeber (vgl. Oertmann a. a. O. Z. 3).

Die Ansicht von Eccius[3]), der den K. der Verbürgung für eine künftige Verpflichtung gleichstellt, ebenso die Meinung von Lippmann, der gleichfalls in

1) Allerdings würde ein Auftrag ohne die Verpflichtung, ihn ausführen zu müssen, ein Widerspruch in sich sein, und man würde in einem solchen Falle mit Förster einen Garantievertrag anzunehmen haben. Vgl. Oertmann 2aβ zu 778, Staudinger zu 778.

2) Planck zu § 778 Z. 6; Oertmann daselbst Z. 2b; Eccius a. a. O. S. 64; Dernburg § 291, II; Crome § 299, 25; Rinck Diss. Erlangen 1905 S. 49; dagegen Cosack § 159 I.

3) a. a. O. S. 55ff.

4) Iherings Jahrb. 48 S. 315ff.

dem K. eine Bürgschaft sieht, ist deshalb irrig, und es ist Eccius nicht beizustimmen, wenn er den Auftrag des § 778 als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, als eine Ermächtigung auffasst, die der Auftraggeber dem Beauftragten erteile, der deshalb einer Annahme nicht bedürfe und von dem ersteren solange zurückgenommen werden könne, als davon kein Gebrauch gemacht worden sei. Seiner Meinung nach liegt also der Tatbestand des § 662, der von einem durch den Auftraggeber einem anderen übertragenen Geschäfte d. h. von einem Geschäfte, das an und für sich den Auftraggeber angeht und für ihn durch den Beauftragten ausgeführt werden soll, handelt, nach § 778 nicht vor.

Die Ansicht von Eccius wird besonders ausführlich widerlegt in der reichsgerichtlichen Entscheidung Bd. 56 S. 130ff.[1]).

Mit Recht folgert das RG. die Annahme, dass das Gesetz bei dem K. immer einen von dem einen Teil gegebenen, von dem anderen Teil angenommenen Auftrag im Auge habe und erfordere, aus der Entstehungsgeschichte des § 778. Im § 680 des ersten Entwurfs, nach dem der K. im Zweifel unter die Vorschriften über die Bürgschaft fallen sollte, ist ausdrücklich von der Annahme des Auftrags die Rede. Wenn nun auch später infolge der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs die Annahme des Auftrags nicht mehr ausdrücklich hervorgehoben ist, so ergeben doch die Protokolle S. 485 ff. klar, „dass insoweit nur eine

1) vgl. auch Rg. Sächs. Arch. 14 S. 59 u. Rg. JW. 50 S. 160ff., 51 S. 120, Warn. 10 JW. 114; Rg. Recht 1909 Nr. 3342, 1910 Nr. 890; OLG. Dresden u. Marienwerder, Recht 1905, 369 1906, 364.

redaktionelle, nicht wie in anderer Beziehung, auch eine sachliche Änderung des Entwurfs beabsichtigt worden ist".

Der Gesetzgeber wollte daher unter „Beauftragung" des § 778 den Abschluss eines Auftragsvertrages verstanden wissen. Eine andere Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes auch wohl nicht vereinen.

Die weitaus überwiegende Mehrheit der Wissenschaft[1]) teilt den Standpunkt, dass für den K. die allgemeinen Auftragsvorschriften, insbesondere die, die sich auf die Sorgfaltspflicht des Kreditgebers, auf Kündigung und Widerruf beziehen, zur Anwendung kommen müssen.

Dieser richtigen Ansicht kann auch nicht entgegenstehen, dass der Auftrag des § 778 oft in einem weiteren Sinn als das Wort Auftrag des § 662 verstanden werden muss, da der K. im Gegensatz zum gewöhnlichen Auftrag oft ein entgeldlicher ist, weil der Kreditgeber für die Kreditgewährung vielfach eine Provision erhält. Durch diese Entgeldlichkeit wird an dem Wesen des K. nichts geändert; es ist dann eben § 675 massgebend.

Gleichgiltig ist ferner, dass nicht alle Bestimmungen des von dem Auftrag handelnden Titels auf den K. anzuwenden sind, so die im ersten Satz des § 664, ferner die Vorschriften des § 667 (Herausgabepflicht), des § 669 (Vorschusspflicht), des § 670 (Ersatzpflicht), des § 673 über die passive Unvererblichkeit des Auftrags[2]). Es sind das alles Bestimmungen, die wie die meisten Auftragsregeln dispositiver Natur sind, und die um des-

---

1) vgl. Planck, Oertmann, Staudinger u. die dort noch in der Anm. cit., Neumann zu § 778, Staub Exk. zu § 349 Anm. 15; Cosack I § 159, Endemann I S. 1191f.; Enneccerus § 323, Bendix, Arch. BR. 20 S. 161ff.; Reichel S. 213f.; Schollmeyer S. 171; Weidmann Z. f. H. R. S. 461.

2) vgl. Weidmann S. 463ff.; Rinck S. 38ff.

willen für den K. insoweit unanwendbar sind, als sie sich mit den besonderen Zwecken des K. nicht vereinbaren lassen (vgl. bes. Oertmann a. a. O.).

Kommen sonach für den K. bis zur Gewährung des Kredits, die die Entstehung der Hauptschuld zur Folge hat, die allgemeinen Auftragsvorschriften zur Anwendung, so kann es nicht mehr zweifelhaft sein, dass auch die Formvorschrift des § 766 für den K. (den eigentlichen, widerruflichen) nicht Platz greifen kann[1]).

Erst mit der Entstehung der Hauptschuld tritt die bürgschaftliche Haftung des Auftraggebers als Nachschuldner gleich dem Bürgen ein. Die Bürgschaftshaftung ist daher gar nicht als eine Folge einer Verpflichtungserklärung, die nach § 766 lediglich der Schriftlichkeit bedarf, sondern nur als gesetzliche Folge der vollzogenen Kreditgewährung zu betrachten (vgl. Oertmann a. a. O. S. 961, Comm. Rg. zu § 778 Ziff. 1).

Eine Bürgschaft würde man aber dann annehmen und somit Schriftlichkeit verlangen müssen, wenn sich der Auftraggeber unwiderruflich verpflichtet hat, für die aus der Kreditgewährung entstehende Schuld aufzukommen. Gerade in der Widerruflichkeit bezw. Unwiderruflichkeit liegt das Unterscheidungsmerkmal zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag[2]).

Mit Recht hat aber auch das RG. JW. 1910 S. 809 in dem Vorhandensein des „eigenen Interesses“ bei demjenigen, der für eine künftige Schuld eines anderen aufzukommen erklärt, die Abgrenzung zwischen K. und

1) So auch Eccius S. 63, nach seinen Ausführungen wohl nicht logisch.

2) Rspr. 8 S. 84; 9 S. 13, Seuff. 59 S. 445, Oertmann zu § 778 Z. 2aβ.

Bürgschaft gefunden. In dieser Beziehung gilt im wesentlichen das, was bereits hierzu bei der Behandlung der Schuldübernahme gesagt ist, nämlich, dass der sich Verpflichtende ein sachliches unmittelbares Interesse daran haben muss, dass der Gläubiger (Auftragnehmer) dem anderen Kredit einräumt. Nicht jedes Interesse genügt, denn solches wird, wie wir gesehen haben, vielfach auch der Bürge haben.

Liegt aber ein „eigenes Interesse" an der Leistung des Gläubigers vor, so werden die Bestimmungen des § 778 event. des § 421 (wie oben erörtert) anzuwenden sein, wenngleich die Erklärung des Auftraggebers ebensowohl eine Bürgschaftserklärung bedeuten kann.

III. Eine weitere Frage ist die, ob der Garantievertrag, der ebenfalls mit dem Bürgschaftsvertrag verwandt ist, der Formvorschrift des § 766 unterworfen ist. Auch dies wird zu verneinen sein.

Das Bestehen eines besonders gearteten Garantievertrages in dem geltenden Privatrecht ist bestritten[1]). Das BGB. hat spezielle Bestimmungen über ihn nicht aufgestellt und zwar deshalb nicht, weil, wie die Motive II S. 658 sagen, kein Bedürfnis dazu vorliege, er sich auch wegen Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantieleistung zum Zwecke und Inhalt haben, der allgemeine Regelung entziehe. Damit ist er aber von ihm anerkannt.

Einen selbständigen G. wird man dann annehmen können, wenn der sich Verpflichtende für einen bestimmten Erfolg oder für ein bestimmtes Verhalten des

1) vgl. hierzu Stammler im Arch. Ziv. Proz. 69, 1 ff.; Wienstein, Arch. f. b. R. 31 S. 1 ff.; Unger, Iherings Jahrb. 33, 299 ff., Enneccerus S. 764 ff. und die noch bei Staudinger II S. 524 Z. 2e erwähnte Literatur.

Schuldners aufkommen will oder wenn er eine bestimmte Schadensgefahr, die dem Gläubiger aus einem Rechtsgeschäft mit einem Anderen entstehen kann, übernehmen will [1]).

Nicht selten bezweckt der G. aber auch die Unterstützung eines geplanten Unternehmens z. B. einer Ausstellung. Das Risiko, das mit einer derartigen Veranstaltung verbunden ist, nimmt der Garant ganz oder zum Teil auf sich [2]); oft zeichnet er zu diesem Zwecke einen Garantiebetrag, bis zu dessen Höhe er haften will.

Dadurch, dass ein bestimmter Erfolg garantiert, für ein bestimmtes Verhalten des Hauptschuldners eingestanden wird, mithin die Verpflichtung aus dem G. sich nicht auf die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners richtet, sondern eine selbständige — nicht accessorische — Verpflichtung begründet wird, in deren Verfolg der Garant eine Schadensgefahr übernimmt, unterscheidet sich der G. von dem Bürgschaftsvertrag. Der G. ist mithin keine Bürgschaft, und um deswillen ist auf ihn auch nicht die Formvorschrift des § 766 anwendbar [3]).

Im allgemeinen wird man auf ihn die Vorschriften über den formlosen Auftrag entsprechend anwenden können mit dem Hauptunterschied, dass der Garant einen Anspruch auf Ausführung des Unternehmens, auf Gewährung des Kredits an den Dritten, wie dies beim

---

1) Rg. 61 S. 157; 72 S. 138; Rg. bei Gruchot 51 S. 595; Warneyer 1909 Nr. 87 Entsch. 13/4 05, 24/9 06 (Com. Rg. Vorbem. zu § 765 Nr. 6).

2) Rg. JW. 99 S. 211; Dernburg, Pand. II § 119 Nr. 2.

3) vgl. die oben erwähnten Rg. Entscheidungen; ferner Rg. /5 06 Bay. Z. f. R. 06, 2 S. 247, auch vom 29/12 06, 3 S. 148; Rspr. 20 S. 236; OLG. Stuttgart vom 15/12 04, Recht 06 S. 619.

Kreditauftrag meist der Fall ist, nicht hat. Mit Recht leitet Oertmann S. 961 hieraus einen Grund für die Formlosigkeit des G. her, da dieser dem formlosen Kreditauftrag gegenüber doch eine schwächere Rechtswirkung hervorruft.

In der Praxis wird die Feststellung, ob im Einzelfall ein G. oder eine Verbürgung anzunehmen ist, oft schwierig sein, zumal im Verkehrsleben vielfach beide sowohl nach der einen wie der anderen Seite hin verwechselt werden. Auf die Worte, die in dem Vertrage für die Verpflichtungserklärung gebraucht sind, kommt es selbstverständlich nicht an[1]). Vergleiche die Entsch. des Kammergerichts vom 21. Dez. 1908[2]), das einen Fall behandelt, in dem das Vertragsverhältnis als selbstschuldnerische Bürgschaft bezeichnet ist, obwohl in Wirklichkeit ein G. vorliegt.

Auch spricht nicht etwa, wie man angenommen hat, eine Vermutung dafür, dass z. B. in der Übernahme einer Garantie für den Eingang einer abgetretenen Forderung eine Bürgschaft zu erblicken sei (vgl. RG. 72 S. 138ff.).

Die Ermittelung des Parteiwillens durch Feststellung des näheren Inhalts der übernommenen Verpflichtung muss stets die Richtlinie für eine sinngemässe Auslegung geben[3]).

Oertmann, Vorbem. vor § 765 Z. 2af. scheidet zwischen persönlicher und sachlicher Garantie und nimmt in dem ersten Fall Bürgschaft, da der Bürge für die Person des Schuldners einstehen wolle, im zweiten Fall G. an, da der Garant für eine sachliche Gefährdung,

1) vgl. Würzburger bei Gruchot 51 S. 731f.
2) Rspr. 20 S- 237.
3) Rg. Recht 1908 Nr. 3595.

Benachteiligung des Gläubigers aufkommen wolle. Ganz treffend dürfte damit der Unterschied aber auch wohl nicht bezeichnet sein; denn ein G. kann auch dann vorliegen, wenn der Garant sich verpflichtet, für einen Schaden aufzukommen, der dem Gläubiger aus einem vertragswidrigen Verhalten des Schuldners entsteht; auch hier steht der Garant für die Person des Schuldners ein. Man könnte wohl richtiger sagen: Ist für die Übernahme der Haftung das Interesse an der Person des Schuldners ausschlaggebend oder spricht es zum wenigsten mit, so liegt Bürgschaft vor; ein G. ist aber dann anzunehmen, wenn das Interesse an der Sache selbst für den sich Verpflichtenden massgebend ist. Die Übernahme der Bürgschaft ist deshalb, wie Oertmann zutreffend bemerkt, gefährlicher, weil die Rücksichtnahme auf die Person des Schuldners dem Bürgen oft die sorgsame Überlegung erschwert, während dies bei der rein sachlichen G. weniger leicht zu befürchten ist.

Als Beispiele für einen G. seien noch folgende angeführt:

In dem Fall des OLG. Karlsruhe[1]) tritt die Selbständigkeit der Verpflichtung klar zu Tage. Hier hatte sich der Garant gegen Stundung einer dem Gläubiger zustehenden Hypothekenforderung diesem gegenüber verpflichtet, einen Ausfall bis zu 900 Mk. zu ersetzen, den der Gläubiger in einem Konkurs an seiner Forderung erleiden würde. In diesem Falle stand es zur Zeit der Vereinbarung zwischen dem Garant und dem Gläubiger bereits fest, dass letzterer eine Befriedigung seiner Forderung nur in Höhe der Konkursdividende erlangen werde. Versprach ihm nun der Garant, einen Teil des zu er-

1) Rspr. 12 S. 98.

leidenden Ausfalls zu bezahlen, so lag hierin eine selbständige Zusage.

In der Gewährleistung ferner für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung (§ 365, 438) ist eine Bürgschaft nicht zu erblicken; denn in dieser Garantie liegt nicht die Übernahme einer fremden Schuld, es wird vielmehr eine eigene, sich aus dem Veräusserungsgeschäft ergebende Verbindlichkeit begründet, und daher kann auch in der Übernahme der Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung nicht zugleich eine Bürgschaftsübernahme liegen[1]).

Auch das Einstehen für die Güte einer Hypothek oder Grundschuld z. Z. des Vertrags oder bis zur Rückzahlung des zu sichernden Darlehns oder bis zur Inanspruchnahme des Pfandgrundstücks ist an sich ein Garantievertrag[2]). Will und soll aber der Gläubiger in letzterem Fall von der Zwangsversteigerung gar nicht berührt sein, sondern überlässt er dem Garantieleistenden die Gefahr, dass die Hypothek oder Grundschuld zur Hebung gelangt, so dass dieser den Betrag des Ausfalls zu decken hat, so liegt Ausfallsbürgschaft vor; es handelt sich nicht mehr um das Einstehen für einen Erfolg, sondern um Ersatzerfüllung der Verbindlichkeit in Höhe des Ausfalls[3]).

Die Garantieleistung für die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners wird stets Bürgschaft sein[4]).

---

1) Rg. 60 S. 371; 72 S. 138ff.; Staudinger Vorbem. vor 765 Z. 6f.; vgl. ferner Rg. JW. 1907 S. 105 u. die in JW. 1910 S. 231 noch cit. Entsch.

2) Rg. 72 S. 138.

3) Com. Rg. Vorbem. 6 zu 865 (Entsch. 11/10 06).

4) vgl. Staudinger II S. 524 Z. 2e; Rg. Warn. Erg. Bd. 1909 S. 81; Rg. JW. 1909 S. 722; 1910 S. 231; ferner Reichel, die Schuldmitübernahme S. 306f.

Unanwendbar ferner ist die Formvorschrift des § 766 auf das Versprechen, für künftige Forderungen an einen Dritten eine Kaution oder ein Pfand zu bestellen, denn hierdurch wird eine Verpflichtung im Sinne des § 765 nicht begründet. Der Versprechende übernimmt nicht die Haftung, den Gläubiger zu befriedigen, wenn der Schuldner nicht zahlen kann, sondern er gibt lediglich dem Gläubiger eine Sicherheit, an der dieser sich schadlos halten kann, wenn der Schuldner versagt. Die Voraussetzung für das Formerfordernis gemäss § 766 ist in diesem Falle mithin nicht gegeben[1]).

Ebensowenig fällt das pactum de cambiando unter die Formvorschrift des § 766.

Die Zusage, den Wechsel eines anderen als Wechselschuldner mitzuunterzeichnen, richtet sich auf die Ausstellung einer Obligation, für die das Gesetz die Schriftlichkeit deshalb vorgeschrieben hat, damit durch eine solche Form überhaupt eine wechselrechtliche Verpflichtung hervorgerufen wird. Der Zweck für das Erfordernis der Schriftlichkeit ist nicht der, den sich Verpflichtenden zur Überlegung anzusporren, bevor er die Unterschrift gibt.[2]) Der hauptsächlichste Grund, der zu der Vorschrift des § 766 geführt hat, spielt hier also keine Rolle. Mit Recht führt die Entscheidung des OLG. Dresden von 2. Februar 1906[3]) aus, dass derjenige, der verspricht, einen Wechsel mit seinem Giro zu versehen, — falls er nur einigermassen die Strenge des Wechselrechts kennt —, damit, dass der „eigentliche" Schuldner den Gläubiger befriedigt, gar nicht oder nur

1) Rg. Warn. 1909 Nr. 207; vgl. auch Rg. Recht 1909 Nr. 258 und OLG. München, Bay. R. Pfl. Z. 2. 298.

2) Endemann I § 106 Z. 2.

3) Rspr 12 S. 276 f.

wenig damit rechnet, sondern von vornherein auf die eigene Inanspruchnahme gefasst ist.

Dazu kommt aber auch noch, dass man durch das pactum de cambiando gar nicht die Verpflichtung übernimmt, für die Schuld eines anderen einzustehen; denn die durch die Zusage, den Wechsel als Wechselschuldner mitzuunterzeichnen, begründete Verbindlichkeit, ist davon, dass eine Wechselschuld des Dritten entsteht, völlig unabhängig; der das Versprechen gebende haftet auch dann wechselmässig, wenn eine Wechselverbindlichkeit des Acceptanten nicht entsteht, und seine eigene wechselmässige Haftung ist an ganz selbständige Voraussetzungen geknüpft.[1])

Ein derartiges Rechtsgeschäft ist also von der Bürgschaft durchaus verschieden. Mithin verbietet sich auch eine analoge Anwendung des § 766.

Bezüglich des Unterschieds zwischen Bürgschaft und dem sogenannten Rückschein vgl. das Urteil des RG. vom 23. Juni 1910.[2]) Bei dem Rückschein handelt es sich nicht um eine Bürgschaft im Sinne des § 765, sondern um einen ganz besonderen Vertrag. Es kann deshalb für ihn auch nicht die Vorschrift des § 766 zur Anwendung kommen.

IV. Die Vorschrift der Schriftlichkeit für die Bürgschaftserklärung findet auch keine Anwendung auf die Handelsbürgschaft.

Ein solcher Bürgschaftsvertrag ist also auch dann gültig, wenn er mündlich oder durch konkludente Handlungen abgeschlossen ist.

Bereits das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch hatte in dem Art. 317 den für den freieren Verkehr im

1) Rspr. 12 S. 276 f.

2) Recht 1910 Nr. 2807.

Handelsrecht sich als notwendig erwiesenen Grundsatz der Formfreiheit für die Handelsgeschäfte aufgestellt.

Diese Bestimmung ist nach dem BGB. überflüssig geworden, da für letzteres, wie erörtert, als Regel die Formfreiheit für alle Rechtsgeschäfte anerkannt ist. Es war also nicht nötig, diesen Grundsatz für das neue Handelsrecht nochmals besonders zu betonen.

Bei der Abfassung des neuen HGB. war daher lediglich zu erwägen, ob die durch das BGB. von dem Grundsatz der Formfreiheit festgestellten Ausnahmefälle sämtlich auf die von den Kaufleuten getätigten Geschäfte anzuwenden seien.

Der Entwurf I[1]) zum neuen HGB. nahm von den durch das BGB. verlangten Formvorschriften das abstrakte Schuldversprechen und das abstrakte Schuldanerkenntnis aus, sofern diese auf Seiten des Schuldners Handelsgeschäfte waren und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner Vollkaufmann oder Minderkaufmann war. Der II. Entwurf (§ 341) fügte die Bürgschaft hinzu, verlangte aber, dass der Schuldner bezw. der Bürge Vollkaufmann sei. Die Reichstagskommission liess sämtliche drei Fälle wegfallen. Der Reichstag hingegen stellte die Fassung des II. Entwurfs wieder her.[1])

Danach findet also auf die Bürgschaft, sofern sie auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschrift des § 766 Satz 1 BGB. keine Anwendung (§ 350 HGB.). In Ergänzung hierzu sagt der § 351 HGB. noch ausdrücklich, dass der Bürge die Bürgschaft

1) Entw. I § 334, II § 341 Denkschrift zum HGB. I S. 202, 203, II S. 3234, Komm. Ber. S. 3919—3922, Stenogr. Ber. S. 5578.

2) Im übrigen gelten die Ausnahmen, die das BGB. oder sonstige Gesetze von dem Prinzip der Formlosigkeit machen, auch für das Handelsrecht. Vgl. Denkschrift S. 195.

als Vollkaufmann eingehen muss; Bürgschaften von Minderkaufleuten sind nach der Vorschrift des § 766 Satz 1 zu beurteilen, ebenso die von einem Vollkaufmann ausserhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes übernommenen Bürgschaften.

Gegenüber dem Alten Handelsrecht erleiden die Vorschriften der §§ 350, 351 HGB. über die Handelsbürgschaft mithin eine Einschränkung, da nach dem alten HGB. die Formlosigkeit für die Bürgschaft ganz allgemein galt, sei sie auf Seiten des Bürgen oder auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft, während nach dem neuen HGB. die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen Handelsgeschäft sein muss, und ferner der Bürge nicht zu den Minderkaufleuten gehören darf.

Der Bürge muss zur Zeit der Übernahme der Bürgschaft Vollkaufmann sein. Ob er nach der Übernahme Vollkaufmann wird, ist belanglos, ebenso, ob er nachträglich die Eigenschaft eines Vollkaufmanns verliert.

Der Begriff „Vollkaufmann" bedarf der Erläuterung.

Vollkaufmann ist derjenige, dessen Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinaus geht. (§ 4 HGB.)

Die Frage, ob ein Gewerbebetrieb zum Grossgewerbe oder zum Kleingewerbe im Sinne des § 4 gehört, hängt nach jetzt übereinstimmender Ansicht von Theorie und Praxis[1]) von der Art und dem Umfang des Geschäftsbetriebes ab.

---

1) vgl. Lehmann-Ring § 2 Nr. 5, § 4 Nr. 3, Düringer-Hachenburg § 2 Not. III, § 4 Not. IV, Goldmann, § 2 Anm. 1, 2a, Makower 12. Auflage § 2, IV, 13. Auflage § 2 I 2, 3; § 4, II u. III; Cosak 13 S. 48, Staub 8. Auflage Anm. 7ff. zu § 2 und Anm. 9ff. zu § 4. RG. JW. 1906 S. 691 und die dort cit. Urteile.

Zu Unrecht hatte sich Staub in der 6. und 7. Auflage seines Kommentars (Anm. 7 zu § 2) auf den Standpunkt gestellt, dass für die Beantwortung dieser Frage allein der Umfang des Unternehmens, der quantitative Inhalt der Ein- und Verkäufe und der sonstigen Geschäfte, die der Betrieb umfasse, in Betracht komme. Er ging dabei von der Annahme aus, dass, wenn der § 2 HGB. von einem gewerblichen Unternehmen spreche, das „nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere," die Worte „nach Art" nicht recht verständlich und für die Anwendung des Gesetzes überhaupt nicht zu verwerten seien.

Wie denn auch in der 8. Auflage seines Werkes richtig gestellt, kann seine frühere Ansicht gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes und den Ausführungen der Denkschrift zum Entwurf eines HGB. S. 5 nicht stand halten. Denn wie es in der Denkschrift mit Recht heisst, „beruht der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften weniger auf einer besonderen Eigentümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammen setzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst." In gleichem Masse wie der Umfang des Betriebes ist auch die Art der Buchführung, der Kassenführung, der Zahlungsleistung, massgebend.

Selbstverständlich gilt aber auch hier die Vorschrift des § 5 HGB., nach der für den Fall, dass eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, der Eingetragene sich nicht darauf berufen kann, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder dass es zu den im § 4 HGB. bezeichneten Betrieben (Kleinhandelsgewerbe) gehöre. Ist daher ein Minderkaufmann eingetragen, so ist die mündliche Bürgschaftsübernahme

gültig. Der Bürge wird dann auf Grund der Eintragung als Vollkaufmann angesehen, weil er durch die beantragte Eintragung zu erkennen gegeben hat, dass er Vollkaufmann sein will. Allerdings ist hierbei auch der § 15 HGB. zu berücksichtigen, nach dem der § 5 dem gegenüber nicht durchschlägt, der wusste, dass der Eingetragene weder Kaufmann ist, noch als solcher gelten will. Ferner muss auch derjenige, der durch sein sonstiges Auftreten im Rechtsverkehr als Vollkaufmann gilt,[1]) dies gegen sich gelten lassen. Seine mündliche Bürgschaft ist daher gleichfalls gültig. Dieser Ansicht von Staub[2]) ist im Interesse des Schutzes des Verkehrs beizutreten, „wenn gleich der Zweck der Formvorschrift dahin zielt, den Kontrahenten gegen sich selbst, gegen seine eigene Leichtfertigkeit zu schützen."

Betreibt ein Verein, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, (§ 6 Abs. 2 HGB.) das Gewerbe eines Minderkaufmanns, so ist § 351 nicht anzuwenden. Ein solcher kann sich daher unter Beobachtung der Vorschrift des § 350 auch mündlich bürgschaftlich verpflichten.[3])

Nicht nötig ist es, dass die Bürgschaft einem Vollkaufmann oder überhaupt einem Kaufmann oder dass sie für einen Kaufmann (als Hauptschuldner) geleistet wird. Der I. Entwurf verlangte, dass die Bürgschaft auch für den Gläubiger ein Handelsgeschäft sein müsste, der II. Entwurf liess diese Beschränkung fallen. In der Kommission wurde der ganze Paragraph gestrichen. Der Reichstag stellte aber die Fassung des II. Entwurfs wieder

1) vgl. Staub Exk. zu § 5.
2) Anm. 9 zu § 350 und 9ff. zu § 343.
3) Staub Anm. 4 zu § 351 und Makower daselbst Nr. II.

her und zwar wesentlich mit Rücksicht auf den Verkehr mit dem Auslande.

Die Bürgschaft muss auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft sein, wenn sie formlos gültig sein soll. Sie kann natürlich auch auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein.

Handelsgeschäfte sind nach § 343 HGB. alle Geschäfte eines Kaufmanns die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

Die Bürgschaft seitens des Bürgen ist also dann ein Handelsgeschäft, wenn ein Kaufmann sie im Betrieb seines Handelsgewerbes übernommen hat.

„Zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörig," gelten solche Geschäfte, durch deren Abschluss der Kaufmann die Zwecke seines Handelsbetriebes ermöglichen oder fördern will.[1]) Wenn daher auch nur ein entfernter Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb vorliegt, der Bürge also lediglich die Absicht hatte, seinen Gewerbebetrieb durch die Übernahme der Bürgschaft zu fördern,[2]), so würde die Bürgschaft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft sein.

Danach ist die Bürgschaft, die lediglich aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Gründen übernommen ist, als nicht betriebszugehörig zu betrachten. Hatte der Bürge jedoch ein eigenes Vermögensinteresse an dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts, erhielt er insbesondere eine Vergütung für die Übernahme der Bürgschaft, so liegt ein Handelsgeschäft vor.[3]) In diesem Fall fördert die Bürgschaft den Handelsbetrieb.

---

1) vgl. Staub Anm. 9 zu 343.

2) vgl. RG. 1, 25; 28, 315, Bolze 13 Nr. 259, 15, Nr. 215, 216; 19 Nr. 319.

3) vgl. ROHG. 13, 108; 15, 388, JW. 93, 241.

Der Umstand, dass der Bürge mit dem Schuldner verwandt ist, ist also nicht allein ausschlaggebend. So wird z. B. mit Recht die Bürgschaft einer Handelsfrau für ein nicht zu ihrem Betrieb gehöriges Rechtsgeschäft ihres Ehemanns als betriebszugehörig angesehen, wenn die Möglichkeit vorliegt, dass der Frau für ihren Geschäftsbetrieb Mittel aus dem Rechtsgeschäft des Mannes zufliessen[1]).

Oft wird es schwer zu entscheiden sein, wann im einzelnen in der Übernahme einer Bürgschaft die Absicht der Betriebsförderung zu erblicken ist, mithin ein Handelsgeschäft vorhanden ist. Aus diesem Grunde hat denn auch das HGB. in dem § 344 HGB. bestimmt, dass die Bürgschaft im Zweifel als zum Handelsbetrieb gehörig angesehen werden soll. Der Gegenbeweis ist zulässig[2]). Notwendig wird dieser Beweis allerdings dann nicht sein, wenn schon aus den Umständen zu entnehmen ist, dass die Bürgschaft keinesfalls dem Handelsgewerbe zugehört z. B. wenn sie, wie oben erwähnt, lediglich im Interesse eines Verwandten oder eines Freundes übernommen war[3]).

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Bürgschaft auch dann ein Handelsgeschäft sein kann, wenn das Hauptgeschäft kein Handelsgeschäft ist, so z. B. wenn ein Kaufmann für die Schulden aus einem von einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Geschäft die Bürgschaft übernimmt[4]). Wesentlich ist nur, dass die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist[5]).

1) Makower zu § 349 Anm. IIb, Bolze 19 Nr. 319.

2) vgl. auch Bolze 8 Nr. 310 RG. 1 S. 25.

3) RG. 28, 315.

4) JW. 93, 24.

5) vgl. auch ROHG. 5 S. 367 OLG. Stuttgart u. Z. f. HR. 40, 485.

Abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 350 HGB. und dem uns hier nicht interessierenden Ausnahmefall des § 349 HGB. über die Unzulässigkeit der Einrede der Vorausklage, kommen für die Handelsbürgschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung.

Anderseits werden aber auch durch die Bestimmung des § 350 HGB. die Vorschriften anderer Reichsgesetze, die, ohne für die Handelsgeschäfte eine Ausnahme zu machen, die schriftliche Form verlangen, so die Vorschriften der Wechselordnung über das Aval, nicht berührt[1]).

Wie bereits zu Anfang bemerkt, ist dem § 350 HGB. in der Praxis eine allzugrosse Bedeutung nicht beizumessen, da im kaufmännischen Verkehr der schriftlichen Form gegenüber der mündlichen mehr und mehr der Vorzug gegeben wird und zwar mit voller Berechtigung; denn so sehr auch dem Prinzip der Formfreiheit das Wort zu reden ist, im Interesse der Parteien wird es doch stets sein, wenn sie ihre Abmachungen schriftlich festlegen. So mancher Prozess würde dadurch vermieden werden.

1) Staub WO. Art. 81 § 8. RG. 51 S. 110ff.